POR

DOÑA MADALENA HVRTADO de Mendoza, viuda del Capitan Pedro de las Muñecas Alcedo Elguera, Cavallero de la Orden de Santiago, vezino que fue de Sevilla, y natural de la villa de Castro de Vrdiales, y Valle de Otañez, y su jurisdicion.

CON

LA CAPILLA DE LA NACION Vascongada de la dicha ciudad, heredera del dicho Capitan.

SOBRE

La particion de los bienes que quedaron del dicho matrimonio. Y antes de entrar en las pretensiones, se hazen en el hecho los presupuestos siguientes.



Nu, 1. LO primero se presupone, que el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, estante en la ciudad de Sevilla a 27. de Abril del año de 1614 mediante poderes, se desposó por palabras de presente, como lo manda la santa madre Iglesia, con la dicha doña Madalena Hurtado de Mendoza, y que durò el matrimonio hasta Agosto del año de 44. que se disolvió por muerte del Capitan, sin que del matrimonio huviessen quedado hijos: y para que llevasse efecto el dicho matrimonio, el dicho Capitan la mandô en arras dos mil ducados de oro.

Nu. 2. Lo segundo se presupone, que el dicho Capitan Pedro de

las Muñecas en 14. de Iunio del año de 614. pareció ante un escrivano publico, y le dió un memorial de bienes, que dixo ser el inventario de todos los que tenia; y que en 19. de de Iunio llegô a Sevilla la dicha doña Madalena Hurtado de Mendoza, y a la mesma hora el dicho Capitan la hizo otorgar el dicho inventario, como le otorgô, y aprovò, sin tener, ni poder tener noticia de cosa alguna de quantas contenia el dicho inventario, ni aver parecido, ni hechose demostracion de partida alguna, ni dado dello fee el escrivano.

Nu. 3. Lo tercero se presupone, que el dicho inventario suena ser 23. qs. 772U050. mrs, y que se compone los 21. qs. 69U476. mrs de ditas, a q̃ dixo tener derecho, a saber 10. qs. 472U248. maravedis por escrituras a pagar en Sevilla a fin del dicho año, o antes Galeones, y un q. 265U036. maravedis por escrituras a pagar en Indias: y 2. qs. 842U856. maravedis por partidas de mercaderias, que dixo paravan en Indias: y 3. qs. 675U848. maravedis, que dixo le devian diversas personas por cuenta de sus libros: y 26 U756. maravedis, por cedulas particulares, que dixo tener simples: y 2. qs. 552U717. maravedis, que inventariô de escrituras en cabeça de otras personas, a que dixo tener derecho, como parece en el dicho inventario, desde la partida primera a la 65. inclusive: y la partida 92. y 93 y 97. y 98. y 99 y 100. a 101. y particularmente en la partida 92. puso por capital 1. q. 231U345. maravedis por ditas reçagadas, y sin expressar las personas que las devian: y lo restante de dicho inventario se compone de dinero, plata labrada, joyas, y alajas, y otros muebles que dixo tener, apreciãdolos a su modo, sin que huviesse quien los estimasse, ni viesse, ni pareciesse realidad de cosa alguna.

Nu. 4. Lo quarto se presupone, que el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, quando casô con la dicha doña Madalena, era ya hõbre mayor y de mas de 50. años, y que siempre fue llevado de la vanidad de hazer obstenta cion de rico, y tuvo toda su vida, condicion muy dura, y fuerte: y que aunq̃ Christiano viejo, e hijodalgo, mejoró mucho su suerte, en ayer

con-

conseguido se le diesse por muger a la dicha doña Madalena Hurtado de Mendoza, sin dote alguno.

Nu. 5. Lo quinto se supone, que el dicho Capitan por su testamento mandó a la dicha doña Madalena mil ducados de por vida, y dos mil para despues de sus dias, pagados en quatra años: con que la susodicha, primero, y ante todas cosas se obligasse a passar, y tener por bien todo lo dispuesto en su testamento, y todas las mandas graciosas, o forçosas, que en qualquier manera el dicho Capitan huviesse hecho, assi a parientes suyos, como a otras qualesquiera personas: y que no lo queriendo hazer assi, se le pagassen sus arras, y mitad de multiplicado, y ajustasse la cuenta con todo cuydado, remitiendose a sus libros. Y doña Madalena no aceptó la calidad del legado.

Nu. 6. Lo sexto se presupone, que el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, nunca tuvo hijos del dicho matrimonio; y que sobre su aspera, y fuerte condicion, tuvo siempre mucho desamor a la dicha doña Madalena, y conocida oposicion a la casa de los padres della, en orden a que no quedasse cosa que pudiesse heredar; declarando expressamente su animo: y para conseguirlo, como hombre tan astuto, que fue, usó de quantos fraudes, y dolos se le ofrecieron, y los continuó desde el primer dia del matrimonio, hasta el ultimo, que se disolviò, y en particular fue fraude aver supuesto por capital suyo lo q̃ no tenia, ni accion para ello. Iten, fue fraude esperar a que la dicha doña Madalena otorgasse el dicho invẽtario al mesmo pũto que se acabava de apear de la litera, despues de tan larga jornada, y a la primera vista de su esposo y marido, quando no avia lugar para poder reconocer cosa alguna, y no le era decente atender, mas que a darle gusto al dicho su marido. Iten, fue fraude tantas donaciones, y tan grandiosas, que hizo en favor de sus hermanas, sobrinos, y parientes, y otras personas: y de algunas se harà relacion por menor en el discurso deste papel. Assimesmo usô del dicho fraude en la donacion velada, q̃ con titulo de fiança hizo y lastó en favor de

de don Francisco de Alcedo su sobrino de 2. q. 649U482. maravedis de plata, y se manifiesta, en que nunca hizo diligencia para la cobrança, y aunque engañadamente, pareciendole, que por ser fiança no avia de salir de su capital averle hecho gracia en su testamento de toda esta deuda. Y que aunque despues en el codicilio la revocò, fue en atencion a que por via de legado quedava sin disputa, que la partida avia de salir de su capital. Tambien se manifiesta el fraude en las muchas cantidades de maravedis, que gastó para conseguir el habito de Santiago. Todo ello obrandolo, persuadido a que su escritura de inventario era firme, y que no quedassen otros mas bienes, de que la dicha doña Madalena pudiesse sacar multiplicado. Tambien usò de fraude en el legado que dexô a la dicha doña Madalena, de mil ducados de por vida, poniendole cebo, para que renunciasse tan gruessas cantidades como avia de multiplicado. Y finalmente, estandose muriendo con 80. y mas años, y con los Capuchinos al lado, para ayudarle a bien morir; en esta ocasion, y quando solo avia de tratar de la salvacion de su alma, hizo el mayor fraude, disponiẽdo, que 8U. patacones con q̃ se hallava, y 6U500. escudos en doblones, se sacassen secretamente a poder de Prudencio de la Renteria, Mayordomo de la dicha Capilla su heredera, previniendo no lo entendiesse doña Madalena, y se executò assi, y llevara efeto, si dõ Iuan Hurtado de Mendoza, hermano de la dicha doña Madalena, no huviera apreẽdido a los que los llevavan, como los aprehendiô dentro de la Iglesia de S. Maria la Blanca (q̃ solo estava enmedio de las dichas casas:) y aviendo tenido noticia el dicho Capitan de la dicha aprehension: y que el dicho don Iuan Hurtado no se aquietò, hasta que delante de testigos se contasse el dicho dinero (como se contó en casa del dicho Prudencio de Renteria) diò despues orden que dicho dinero, y dos cadenas gruessas se passassen a la Capilla su heredera, que tambien se executô.

Nu. 7. Lo septimo se presupone, que del dicho matrimonio quedaron

daron y ay en ſer en juros, cenſos, y otros bienes 41. y mas quentos de mrs, ſin entrar en ellos 6.qs.de mrs eſcaſos, que montan los dichos 8U.patacones, doblones, y cadenas (que va dicho ſe llevaron a la Capilla) y ſin entrar tampoco en ellos muchos quentos de mrs, que cōſtante el matrimonio, ſacô del cuerpo del dicho capital, por contratos gracioſos, y fraudalentos, como en cada uno ſe yrá advirtiendo adelante en las pretenſiones que tiene doña Madalena.

Nu.8. Lo octavo, y ultimo, ſe pone a la letra la eſcritura de inventario, que es del tenor ſiguiente.

Eſcritura de inventario.

EN la muy noble, y muy leal Ciudad de Seuilla, a 14. dias del mes de Iunio, año del Nacimiento de N. Saluador Ieſu Chriſto de 1614. años en preſencia de mi Franciſco Hurtado, eſcriuano publico de Seuilla, e de los teſtigos yuſo eſcritos, parecio el Capitan Pedro de las Muñecas Elguera, vezino deſta ciudad de Seuilla, en la Collacion de S. Bartolome, a quien doy fee conozco, hijo que dixo ſer de Pedro de las Muñecas, e de Maria de la Elguera ſu muger, difuntos, e dixo: Que por quanto, mediante la voluntad de Dios, e para ſu ſanto ſeruicio, e de ſu glorioſa, y bēdita Madre nueſtra Señora la Virgen S. Maria ſu Madre, ſe tratô, e concertò caſamiento entre el dicho Capitan Pedro de las Muñecas Elguera, e doña Madalena Hurtado de Mendoza, hija de dō Iuan Hurtado de Mēdoza, difunto, y de D. Maria Sāchez de la Torre ſu muger, vezina de la Villa de Caſtro de Vrdiales, e para que el dicho caſamiento tuuieſſe efecto, le diò ſu poder cumplido al Li-

 centiado

cenciado Martin Perez de Laguna SantaCruz, Comissario del santo Oficio de la Encartacion de Sopuerta, para que le pudiesse desposar por palabras de presente, que hiziessen verdadero matrimonio, con la dicha D. Madalena Hurtado de Mendoza, como parece por el dicho poder, que passó ante mi el dicho escriuano publico, a que se refiriò, e porque por virtud del dicho poder, el dicho Licenciado Martin Perez de Laguna SantaCruz, le tiene desposado con la dicha D. Madalena Hurtado de Mendoza por palabras de presente, como lo ordena, e manda nuestra santa Madre Iglesia Catholica Romana: e â venido a su noticia, que la susodicha à partido de la dicha villa de Castro de Vrdiales, donde se hizo el dicho desposorio, para esta Ciudad de Seuilla, a hazer vida maridable con el dicho Capitan Pedro de las Munecas, antes que llegue, e se junten a consumar el dicho matrimonio, el queria, e quiere hazer inuentario de todos los bienes, que al presente tiene, e trae a el dicho matrimonio, para que sean sabidos, e conocidos en todo tiempo, quales, è quantos son: e que los bienes de que hazia, e hizo el dicho inuentario, son los contenidos en el memorial firmado de su nombre, que ante mi presentò. Su tenor del qual es el siguiente.

Ya estava casado.

Nu. 9. *Memorial de hazienda, con que yo el Capitan*

Memorial de bienes. *tan Pedro de las Muuecas Elguera, me hallo hasta oy 14. de Iunio deste presente año de seiscientos y catorze, en la forma, y en el especie que abajo yrà declarado.*

Siguele luego inmediatamente 72. partidas inventariadas de ditas, de la calidad que se contiene en el presupuesto tercero deste papel, a num. 3. que es ajustado al dicho inventario; y en particular (aunque todas, casi son deste genero) se pone a la letra una de las dichas ditas, que en el inventario es numero 92.

Nu. 10. *Iten, vn quento 231U345. mrs. que me son deudores diferentes personas, por algunas escrituras, cedulas, y recaudos, que estàn en mi poder, y por cuentas de mis libros, como parece en el vno mayor que tengo, que comiença. Ditas atrasadas de plazos cumplidos, a primera, y segunda oja del dicho libro.*

Nu. 11. *E despues de lo suso dicho, en la dicha Ciudad de Seuilla, a 19. dias del mes de Iunio, ante mi el escriuano publico, y los testigos yuso escritos, pareciô la dicha D. Madalena Hurtado de Mendoza, que ansi se nombró, e dixo, que por quanto ella era venida a esta dicha Ciudad oy dicho dia, para hazer vida maridable, e consumar matrimonio con el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, con quien està desposada por palabras de presente, como lo ordena, y manda nuestra santa Madre Iglesia Catolica Romana, como se contiene en el inuentario de bienes,*

arriba

arriba contenido, fecho por el dicho Capitan Pedro de las Munecas: el qual para mas su firmeza, y validacion, ella antes de la consumacion del dicho matrimonio, queria aprouar, y ratificar e por mi el dicho escriuano publico, le fue leydo con el memorial de bienes, en el inserto todo, de verbo ad verbum. E la dicha doña Madalena Hurtado de Mendoza, auiendolo oido, y entendido, e siẽdo de todo ello cierta, y sabidora, con licencia, que a mayor abundamiento, siendo necessario, pidiò, e demandò al dicho Capitan Pedro de las Munecas, y el le dió, y ella aceptò: Dixo, que aprouaua, e aprouò, ratificaua, e ratificó el dicho inuentario, e memorial de bienes en el inserto, en todo, y por todo, como en el se contiene, e lo auia, e huuo por bueno, cierto, y verdadero, e que lo son todos los dichos bienes, deudas, cargaçones, y todo lo demas en el dicho inuentario, e memorial contenidos, que todo ello suma, y monta liquidamente los dichos 23. qs. 772. U050. *mrs. los quales dixo, y declaró, que el dicho Capitan Pedro de las Munecas tiene, e trae al dicho matrimonio por su capital: e prometiô, e se obligô de estar, y passar por el dicho inuentario, e memorial en el inserto: e por esta su aprouacion que de todo ello haze, e de no yr, ni venir contra ello en ningun tiempo, so expressa obligacion, que para ello hizo de su persona, e bienes auidos, e por auer.*

Siguen-

Siguense luego las clausulas generales, renuncion de Veleiano, y juramento.

His suppositis. Las pretensiones desta particion se reducen a las siguientes.

Nu. 12. *Primera pretension de la Capilla, y la mas principal deste pleyto, es, que del cuerpo de bienes se an de sacar para la dicha Capilla, como heredera del dicho Capitan, 23. qs. 772 ∪ 050. mrs. que dize tenia, y truxo al matrimonio.*

Nu. 13. Fundala en la escritura presentada, que como instrumento publico, *rem facit notoriam*, y es provança provada, ut cum Baldo, Rolando à Valle, & alijs Gonçalez ad regulam 8. Chan. gloss. 18 num. 35. & 36. Y que el Capitan se valió del antidoto contra la disposicion de la ley 1. tit. 5. lib. 5. Recop. en hazer inventario de los que truxo al matrimonio, Rodericus Suarez in l. 1. titulo de las ganancias, à num. 24. ibi:

Nu. 14. *Quod tempore cõtracti matrimonij fiat, scriptura publicia de omnibus bonis, quæ uterque coniux habet, & adducit ad matrimonium.* A Rodrigo Suarez siguierõ Valdes (su additionador) Palacius Rubeus, Antonius Gomez, Matienzus, y Azevedus, que refiere, y sigue Hermosilla ad legem 55. tit. 5. part. 5. gloss. 2. num. 28. Y que no ay, ni puede aver gananciales, hasta sacados los ca-

Nu. 15. pitales, ex regula, l. subsignatum, §. Bona de verbor. sign.

Nu. 16. *Pretende doña Madalena, que todos los bienes inventariados en dicha escritura, fueron supuestos por obstentacion, y con fraude, y dolo del dicho Capitan; y que assi no se à de estar a ella, sino a la disposicion de dicha ley 1. tit. 5. lib. 5. Recopil. que dispone presumirse todos los bienes*

 del

del matrimonio comunes, mientras no se prouare lo que el dicho Capitan huuiere traido de verdad al dicho matrimonio, y que la pretension contraria se excluye por diuersas razones.

Nu. 17. La primera, porque quanto quier que se reconoce por verdadera la doctrina de los DD. referidos, todos, y cada uno dellos expressamente requieren, que el inventario se haga de los bienes que tiene y lleva al matrimonio, y todos ellos usaron del verbo *Habet, & adducit.* Y por el consiguiente requieren realidad, y presencia de la cosa inventariada, *verbum enim habet*, real es, y con efecto, no se cũple con palabras, *l. nomen 164. de verbor sign.* ibi: *Habere sicut pervenire cum effectu accipiendum est.* Lo mismo demuestra el verbo *Inveniendo*, DD. *preter tum, ibi in §. item Capilli instantia de rerum divisione*, & in puncto Rolando à Valle de inventario, part. 1. quæst. 1. nu. 1. & quæst. 2. per totam. Y pues el caso presente todo fue verbal, y no huvo, ni pareciò realidad de cosa alguna; vienen a
Nu. 18. retorcerse en contra de la Capilla, y a favor de D. Madalena las autoridades referidas de Rodrigo Suarez, Palacios Rubios, Matienço, y Antonio Gomez, y demas citados. Hermosilla, ubi supra, añadiò, *Quod tabelio præstet fidem*, que apoya, y comprueva lo referido; y a esto mismo atendiò Rodrigo Suarez, ubi supra, ibi: *Intelige quod dicta scriptura fiat tempore, quo matrimonium contrahitur, non prius ut fraudes cessent.*

Nu. 19. Esfuerçase mas, con que parece aver puesto en el inventario 34U. reales en plata y oro, y hasta en estos, con ser moneda tan noble, y tan facil la manifestacion, y tan propria la accion de aquel acto, no pareciò real alguno; y es de creer, que si los tuviera, los manifestara, assi para que el escrivano pudiera dar fee, como para que constara avia algo presente, y que no era todo papeles vanos.

Nu. 20. Hazese mas evidente la suposicion, con que 18 dias antes

com-

compró el dicho Capitan al fiado 600. ducados de joyas, y 30. dias deſpues ſacô a daño 4U. reales de Franciſco Coſme, mercader, y tampoco es creible, que ſi de verdad tuviera los dichos 4U. patacones, y no fueran ſupueſtos, y verbales (como todo lo demas) no comprara al fiado, ni tomara a daño, por la mayor coſta que uno, y otro tiene, y el deſcredito de los hombres de negocios, tanto mayor, quanto a daño ſe valen de partidas tan menudas.

Nu.21. La ſegunda razon porque ſe invalida la fee de dicha eſcritura de inventario, es por falta de voluntad; porque como ſe preſupuſo en el preſupueſto ſegundo y ſeptimo, el otorgamiento, que parece aver hecho la dicha doña Madalena, fue la miſma ora, e inſtante que llegò en caſa del dicho Capitan ſu marido, ſin que el tiempo, y la ocaſion dieſſe lugar a atender mas que a ſu marido, ni ſer decente divertirſe a otra
Nu.22. coſa, ni aver lugar para poderlo reconocer, en que procediô el Capitan con dolo manifieſto, que intervino en el contrato, y por el conſiguiente es nulo, l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, ſiquis, cum aliter de verborum oblig. & utrobique, DD. que
Nu.34. excluye el conſentimiento. Accedit, que naturalmente no fue poſſible a la ſazon, que doña Madalena reconocieſſe la eſcritura, y papeles de dichas ditas, y demas bienes que refiere el memorial, ni dellas huvo mas memoria, que enunciadas, y ſolo ſe leyò a la letra el dicho memorial (como parece de dicha aprovacion) y anſi vino a otorgar lo que igno-
Nu.24. rava, y por el conſiguiente, ſin voluntad, ni conſentimiento, vulgata l. mater, ff. de inoffic. tractat. *Et iuramentum appoſitum in actu iniquo deficit conſenſus, nihil operatur.* Theſaurus,
Nu.25. deciſ 222. num 3. & 4. Tiraquell. in l. ſi unquam in præfatione, num. 98 verſ. 2. modo, C. de revocand. donat. Mareſ-
Nu.26. cotus, lib. 1. var. cap. 41 num. 87. mayormente en mugeres, faciles de engañar, & ſine dubio, quando el marido es tan aſtuto, como fue el Capitan, §. his conſequens in authẽtic. de æqualit. dot. & cum Alciato, præſumptione 42. num. 2 Me-
Nu.27. noc. lib 3. præſumpt. 82. n. 5. & 6. Y la razon q̃ todos dan, es,

por-

porque la muger se presume ignorar su derecho. Estimese pues, que serà donde no estamos en presunciones, sino en evidencias; y que naturalmente no pudo la dicha doña Madalena ver, ni reconocer lo que contenia el inventario, ni tener por verdaderas ditas, y cargaçones, de que no àvia instrumento alguno in forma probanti. Antes por el mismo memorial parece, que no hazian prueva alguna los papeles simples, y libros en que se fundavan dichas ditas. Es elegante para el propòsito, el consejo 150. de Pedro Surdo, num. 41. y 42. y 46. cum Gutierrez, & Gratiano, de quibus infra à numer.

Nu. 28. Y porque semejantes confessiones etiam juradas, no prejudican, ni pruevan, l. qui tractatum de probat. Matien. in l. 2. gloss. 2 num. 5. tit 9. lib. 5. Recopil. num. 5. ibi: *Sed nunquid oportebit hoc probare testibus, an vèro sufficiat cōfessio mariti, vel uxoris Roder Suárez in dict. l. 1. tit. 3. lib. 3 fori, vers. 2. hoc late discutit, & denique concludit in fraudem donationis inter coniuges prohibitæ præsumi confessionem factam, etiamsi in instrumento publico fiat, & cum iuramento nisi aliæ coniecturæ concurrant, quæ dictæ fraudis præsumptionem elidant.* Y en el caso presente, las conjeturas estàn en contra de dicha confession, assi del dolo, y fraude, con que siempre procediò el dicho Capitan, como por las consideraciones que quedan referidas.

Nu. 29. La tercera razon contra el dicho inventario, es, porque todas las doctrinas referidas a favor de dicho inventario, proceden, y hablan, quando como dicho queda, el inventario es real, y verdadero, y se haze ante, y al tiempo de contraher el matrimonio. Y de que se trata al presente, a mas de lo contra el opuesto, suena averse otorgado dos meses despues de contrahido el matrimonio: y en tal caso, la resolucion de los Doctores de nuestro Reyno, es, que se á de hazer, y otorgar en presencia, y con autoridad de Iuez, y a menos, no se à de estar a el, ni es in forma probanti. Firmauit in puncto Zevallos quæst. 589. per totam. Adonde para la validacion del inventario, hecho constante el matrimonio, no una, sino tres vezes, repite, ibi: *Dummodo fiat cum iudicis authoritate*, y es

de

de advertir, que en la question de Zavallos no se dudó jamas de la realidad de los 40U. ducados inventariados, si solo, si se avian adquirido durante los cinco meses que se detuvieron en hazerle, y nihilominus requiere para su validacion la presencia de juez, a Zevallos siguió don Ioseph Vela, assertatione 8. num. 58. in fin. ibi: *Etiam constante matrimonio huiusmodi inventarium fieri legitime, posse dumtamen fiat iudicis authoritate, & citata parte uxoris, vel eius defensore.*

Nu. 30. Y con mucha razon requierẽ Zevallos, y don Ioseph Vela, la authoridad y presencia del Iuez en el inventario, constante matrimonio; porque con esso se assegurava el miedo reverencial, y lesion enormissima, l. 2. §. quæ onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur; tanto mas en un hombre tan rigido, y del trato, y condicion tan aspera, que queda dicho. Roderic. Suarez, alegat. 24. Noguerol. alegat. 29. & in puncto cum Bart. & alijs, Gaspar Antonio Thesauro, lib. 1. quæstionum forens. quæst. 51. á num 16. & 17. Gratianus disceptatione 767. á num 17. Y porque el juez con su autoridad requiriera la libre voluntad de la muger, viera el semblante con que manifestava su sentimiento, y reconociera la realidad de las cosas, y si eran verdaderas, o supuestas, y vanas, no dando lugar a suposiciones de fraudes; y sobre todo, *Tamquam bonus vir cum causæ cognitione arbitratur an expediat mulieri illum cotractum celebrare*, verba sunt Gutier. de iur. confir. 1. p. cap. 1. nu. 50. in fine.

Nu. 31. Y porque tales confessiones, antes, y al tiempo del matrimonio, son, y se reputan simuladas, y *ad honorem matrimonij*, porque no sea visto casarse pobremente, y por lo menos spe futuræ numerationis, Sanchez de matrimon lib. 6. quæst. 9. por toda ella. Y que el animo de obstentar tanta hazienda, fuesse *ad honorem*, lo manifiesta el modo de proceder del di-
Nu. 32. cho Capitan: pues aviendo de casar a doña Iuana de las Muñecas, su sobrina (como la casô con el Capitan Pedro del Mar) le prometió por escritura de dote 8U ducados, y quando llega el segundo marido de la dicha doña Iuana, a querer

 cobrar

cobrar la dote, opuso el dicho Capitan, que la promessa de 8U ducados, fue *ad honorem matrimonij*, y que de verdad, solo fueron cinco mil ducados, y venciò el pleyto por executoria de la Real Audiencia.

Nu. 33. Replica la Capilla, que el matrimonio se celebrô en Castro, y q̃ no pudo hazerse el inventario antes de la presencia de la muger, y q̃ pues se hizo el mismo dia que se consumô, fue

Nu. 34. hecho en toda forma que los Doctores refieren. Respõdese, que pudo muy bien hazerle antes de celebrarse el matrimonio en Castro, y que pudo tambien hazerse en Sevilla, quãdo ella llegò, haziendo presencia de las cosas, y que interviniesse Iuez, como requieren Zevallos, y don Ioseph Vela, en los lugares citados, y que todo lo omitiò, como tan sagaz, y y astuto, para lo que le estava mejor, porque con las priessas, y alegria de aver llegado, todo se atropellasse.

Nu. 35. *Replica la Capilla, que D. Madalena pudo renunciar las ganancias deste matrimonio, porque en no adquirir, no hizo su condicion de peor calidad, y se pudo prejudicar: para lo qual se vale de la ley 60. de Toro, y sus interpretes, y muchos que nouissimamente juntaron Iuan Garcia de coniug. acq. n. 147. y Tomas Sanchez de matrimonio lib. 6. quæstione 5. Morquechus de diuisione bonorum, lib. 2. cap. 15. nu. 8. cum Cobbar. & alijs. Y por el consiguiente, que la â de prejudicar a D. Madalena la confession que hizo del capital del dicho Capitan, pues por ella en sustancia, solo vino a renunciar las ganancias del dicho matrimonio.*

Res-

Respondese, que no se alcança sobre que apela esta repli-
Nu. 36. plica, porque no es la question, si pudo, o no pudo renunciar las ganancias, sino si quiso renunciarlas. Afirmase, que do-
Nu. 37. nacion, y renunciacion, nunca se puede presumir, sino expressandola, y declarandola abiertamente, l. *cum de indebito, & ibi DD. ff. de probationibus, l. campanus de operis libertorũ, Mascardus tit. 3. de probat. concl. 1264. ibi renuntiatio cũ sit quędam donatio, ut latissime tradit Tiraquel. in l. si unquam in verbo donatione, q. 8. C. de revocandis donationibus; donatio autem non præsumatur facta nisi probetur: sequitur etiam renuntiationem non esse verosimilem, & idcirco arctioribus etiam probationibus ostendendam esse; maximè cum, renuntiatio stricti iuris sit, & semper interpretanda ut non credatur facta, & renuntianti minus noceat quam fieri possit, l. cum de indebito de probationibus, l. tres frates, l. veteribus, ff. de pactis*, & num. 1. usque ad 8. ubi exornat Mascardus, & num. 12. ibi: *Nunquam etenim alicui iuri videtur renuntiatum, nisi quatenus expressum sit, l. præcipimus in fine, C. de apellationibus*, cita a Bartol. Decio, Rolando à Valle, y otros. El mesmo Mascardo, tit. 1. conclus. 554. nu 1, & 4. ibi: *Et maxime procedit in muliere, mulier enim genus avarissimum est, iuxta Vlpianus in l. si stipulata, ff. de donationibus inter vir.* Accedit Bald. in l. 1. C. ad Veleianum, num. 6 & in consil. 366. num. 4. Y es corriente, sin disputa, y la misma ley 60. de Toro, y demas del Reyno, tocantes a renunciar ganancias, hablan por renunciacion expressa. Y pues en el caso presente no ay palabra alguna expressa, ni aun tacita de renunciacion de dichos gananciales, no sirve la replica que se haze, sino de injuria, que se tome en la boca renunciacion de gananciales, quando no pudo tener otro interes doña Madalena Hurtado de Mendoza en casar con el Capitan Pedro de las Muñecas, y aun con todo este interes, no se la diera su padre, si fuera vivo.

Nu. 38. *Segunda pretension por menor, contra el inuentario, y con lo que en ella, y en las que se siguieren se fuere declarando, se cono-*

cerà

cerà mas bien la poca fee que se le â de dar al dicho inuentario, y su aprobacion. Pretēde pues D. Madalena Hurtado de Mendoza en particular, que 21.qs. 069U436. mrs. de ditas inuentariadas, no se à de passar cosa alguna dellas, saluo las que efectiuamente prouare la Capilla auerse cobrado, y entrado con efecto en el matrimonio.

Nu.39. La Capilla funda su pretension en la escritura de aprovacion, hecha por doña Madalena, de dicho inventario, y con ella, y la disposicion de la ley 2 tit. 16. lib. 5. Recopil. que pareciendo que uno se quiso obligar, quede obligado, le parece a la Capilla tener fundada su pretension, para que del cuerpo de bienes, se le aya de sacar precipuo los dichos 21.qs. 069U436.mrs. de ditas.

Nu.40. Pero sin embargo, es ajustada a derecho la pretension de la dicha doña Madalena: y pues toda la dificultad consiste en el entendimiento de dicho inventario, y aprovacion: para entrar en ella, se presuponen en derecho dos proposiciones juridicas.

Nu.41. La primera, que todas las vezes que se promete cantidad de dote cierta, o de capital de bienes cierto, quando para la paga de la cantidad se consignan, y señalan ditas, es visto averlas estimado, y ser daccion insolutum. Con lo qual, acra se cobren las ditas, o no se cobren, el riesgo y daño corre por el que recibiò las tales ditas in solutum. Empero si la promessa de capital no fue a principio de cantidad cierta, sino ditas que se traen al matrimonio, y se declara la cantidad que montan. En este caso (que es el deste pleyto) no puede obtener (disuelto que sea el matrimonio) el que huviere traydo las ditas, mas de lo que verdaderamente se huviere cobrado

dellas,

dellas, Petrus Barbos. in l. 91. soluto matrimonio, num. 7. ibi: *Vnde melius hoc declarabitur si dicas, quid si nomen debitoris principaliter detur in dotẽ, eo modo, quo dantur aliæ res dotales cẽsetur dari in æstimatum pro ea quantitate, quæ in illo cõtinetur, etiam si dicatur dari pro ea quantitate, quæ in illo continetur, nam hoc tacite intelligebatur. Vnde expressum nihil operari debet, l. 3. ff. de leg. 1. & in his terminis procedit, dict. l. Mevia solut. matr. aut vero, certa dos promissa est, & pro illius satisfactione datur nomen debitoris; nam cũ tunc, videatur datum pro solutione dotis promissæ videtur dari æstimatum; & procedit, l. 2. C. de actionibus, & obligationibus; & in specie colliges ex Socin. cons. 37. n. 14. lib. 4.* Hasta aqui Barbo. *Octavianus Chacheranus, decis. Pedemontana 62. num. 15. ibi; & hoc suadetur ratione ea, quia ipsa quantitas non est data in dotem, sed ipsum ius agendi utile, seu ipsa actio utilis, & sic in restitutione dotis non venit nisi id tantum quod in effectu fuerit exactum, ut concludit Salicetus in l. 2. in fine. C. de actio. & obligat. propterea periculum nominis huiusmodi, principaliter, pertinet ad mulierem, dummodo aliquis dolus sua culpa non possit imputari marito, cur non exegerit l. Mevia in princip. solut. matr. & ibi Bart. l. nomen cum l. sequenti ff. de hæreditate, vel actione venit. Antonius Faber in suo Codice Fabriano, tit. de rei uxo. actione diffinit. 27. in medio, ibi: quid ergo si nomen in dotem datum sit? An quia videtur dos hoc casu in pecunia numerata consistere pro æstimata habebitur? Minime: id enim potius doti datum inteligitur, quod ex nomine exigi poterit detracta igitur impensa, quæ ad exactionem necessaria est.* El mismo Antonio Fabro, *titulo de iure dotium, dif. 44. & diffinitione 52. ibi gloss. 1. quæ mulier dat in dotem nomina censetur dare pecuniam ex ipsis nominibus redigendam argumento l. si convenerit 18. ff. de pig. actione* Vincent. de Franquis, *decis. 108. nu. 7. & ibi addi. Ricij.* Y es la razon, como advierten los Doctores; porque quando se dan en dote las ditas, o las llevan en capital, sin aver precedido promessa de cantidad cierta, el referir su valor, es para que se sepa lo que montan; no para que se tenga por estimacion, ni dacion in solutum Cobbar, in pract. cap. 28. sub num. 2. vers. sed ex contrario DD, in l. ex conventione, C. de pactis,

E Fari-

Farinatius in posth. tit. 1. decis. 4. num. 2. Y siendo como las doctrinas referidas, son corrientes, aun en los capitales, que las mugeres llevan en dote, procede su disposicion con mas fuerça contra los capitales, que los maridos llevan al matrimonio, quanto es mas favorecida la causa de las mugeres, que de los maridos. No se pueden traer leyes del derecho comun, que hablen en capitales de maridos, porque ya se sabe, que en aquellos tiempos los maridos no hazian inventario, ni necessitavan del, pues todo era suyo, menos lo que las mugeres huviessen traido en dote. Garcia de coniugali acq. num. 158. l. quintus de donat. l. 2. tit. 14. p. 3.

Nu. 42. La segunda proposicion, es, que quanto quier que la regla de derecho disponga, que el que tiene accion, es visto tener la cosa, esto es por ficcion; porque en la verdad, menos es tener la accion que la cosa, y en menos se á de estimar; porque quanto quier que la accion sea verdadera, y reconocerse por tal, tiene muchas jornadas que andar, hasta obtener la cantidad de la accion, porque vino a dezir Paulo de Castro, que era fatuo el que por accion a solo ciento dava otros ciento; y de aqui nace el que se pueda comprar por menos la accion que lo que suena, y cobrar enteramente, en atencion al riesgo del credito del deudor, y demas peligros, limitada en esta parte la ley per diversas, C. mandati. Es copioso lugar para el proposito el de Mantica, lib. 4. de contractibus, & 3. num. 5. ibi: *Debet praestare illum esse debitorem, nec aliqua exceptione se posse tueri, l. si nomen de haeredit. vel actione vendita, l. si plus, §. vlt. de evictionibus, nihil enim interest, quis ipso iure actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. nihil interest, ff. de regul. iur.* El mismo Mantica, ubi supr. num. 16 circa medium, ibi: *Abbas in cap. 2. num. 6. de alienat. iud. mut. causa minus putat aestimari actionem quam rem, quia dubius est litis eventus, l. quod debet, ff. de peculio. Is etiam qui iustam causam habet, propter imprudentiam iudicis potest succumbere, l. propter imprudentiam, ff. de evictionibus. Item, quia debitor qui solvendo est, inops fieri potest, & desinere solvendo esse, & ideo minus est habere actionem quam rem, l. minus de reg. iur.*

tur. Vnde Inocentius in cap. in Ciuitate ad finem scribit, quod quis potest emere actionem pro minori precio, quam valeat, re ipsa, ad quam competit, quia emptor periculo se exponit, nam similimodo cum quis, tamquam enormiter lessus tentat rescindere transactionem, non debet æstimari, quod in iudicio positum est, sed dubius litis eventus, l. Lucius, & ibi gloss. & alij ff. ad Trebelianum. Quare actio rei, quæ distrahitur debet æstimari inspecto dubio litis eventu, nam fatuus esset, qui pro actione ad centum daret centum, & ita ex facto respondit Paulus Castrensis in cons. 393. colum. vlt. vers. circa quintum, lib. 2. & sic Abbas etiam concludit in dict. cap. 2. num. 6. de alien. iud. mut. causa, & sequitur Corneus, cons. 263. in causa vertente, num. 7. ad finem, lib. 3. & Parisius in cons. 64. num. 16. lib. 4.

Nu. 43. Supuestas las dos proposiciones antecedentes, passemos a glossar, y declarar la escritura de inventario, y la aprovacion de doña Madalena, y se hallará, que la aprovacion, y el inventario, no tiene mas uno que otro, y assi pues lo inventariado fueron ditas, la aprobation viene a ser de ditas, y por el consiguiente, en virtud del capital, traido en ditas, no puede el que las truxo, ni su heredero, obtener en mas de lo que provare cõ efecto averse cobrado, y entrado en el dicho matrimonio, segun las doctrinas referidas en las dos proximas proposiciones.

Nu. 44. Que el inventario fuesse, y se compusiessen los 21. qs. 069U436 mrs de solo ditas, y de la calidad que se refiere en el presupuesto tercero, num. 3. por el mismo inventario consta.

Que la aprobacion de D. Madalena fuesse a solo lo referido en dicho invẽtario, y con las calidades del, sin apartarnos de lo opuesto contra la aprovacion en los fundamentos, a la primera pretension, solo con una respuesta se dava bastante satisfacion: a saber, que esta aprovacion es sequela, y correspectiva al dicho inventario conexa, e inseparable: y assi necessariamente se á de regular, segun el inest conditio expressa, o por lo menos tacita, si el dicho Capitan cumpliere, con dar dichas ditas efectivas, y con efecto cobradas: y mien-
5. tras esto no cumpliere, le obsta la excepcion, *tu non impleuisti,*

 que

que es tan poderosa, que à lugar, y procede hasta en los contratos jurados, ut cum Cotta, Cephalo, Rolando, Emilian, Tiraquelo, & alijs, Farinatius in Reportorio de contractibus, quæst. 3. nu. 14. & num. 17. El mesmo Farinacio in eodem Reportorio in fragm. verbo Pacta correspectiva, num 16.

Nu. 46. Pero de mas a mas, discurramos por todas las clausulas de la aprovacion, y se hallarà lo mismo que pretendemos.

Nu. 47. La primera clausula de la aprovacion del dicho inventario, otorgada el mesmo dia que llegò la dicha doña Madalena a ver a su marido, es referir, que el dicho Capitan tiene hecho inventario: el qual para mas su firmeza, y validacion, ella antes de la consumacion del dicho matrimonio, le queria aprovar, y ratificar.

Nu. 48. Esta clausula prefacion es de la dicha escritura de aprovacion, solo cōprehende querer aprovar, y ratificar el dicho invētario, no añade cosa alguna mas q̄ lo q̄ el sonare; y siendo, como estas son palabras de la prefacion, declaran el animo para todo lo subsequente, que se à de governar, y entender, segun la prefacion, l. titia 134. §. 1. de verbor. oblig. l. 1. §. fin. C. de imponenda lucrativa descript. lib. 10. & ibi gloss. Molina de primog. lib. 1. c. 5. in princ. Ioan. Garcia de Nobilitate in inscriptione, n. 63. & 64. *Nam sicut corpus ab anima, ita dispositio à prohemiali ratione regulatur*, Gratianus, discept. 558. nu. 24.

Nu. 49. La segunda clausula es, que por mi el dicho escrivano, le fue leido todo el dicho memorial, y que dixo, que aprovava y aprovò ratificava, y ratificò el dicho inventario, y memorial de bienes, en todo, y por todo, como en el se contiene.

Nu. 50. Tampoco en esta clausula se añade cosa al inventario antes por ella se dize, que la aprobacion es como en el se contiene. Y assi, quanto a esta segunda pretension, venimos siempre a parar, en que lo inventariado fue ditas, y la aprovacion de ditas. *Quia dictio illa prout in eo continetur limitativa, & conditionalis est.* Bartol. in extravaganti ad reprimendam in verbo prout Gratian, disceptatione 103. num. 9 refert & sequitur, quam plures Castillo, controvers. lib. 4. cap. 42. nu. 62.

La

La tercera clausula es, que avia, e huvo por bueno, cierto, y verdadero el dicho invẽtario, e que lo son todos los dichos bienes, deudas, cargaçones, y todo lo demas en el dicho inventario y memorial contenido.

Nu. 52. En esta clausula parece que podrà restribar la parte contraria, ponderando, que no solo refiriendose a dicho inventario, le huvo por bueno, cierto, y verdadero, sino que passô a dezir, que lo son todos los dichos bienes, deudas, cargaçones, y todo lo demas en el dicho inventario, y memorial cõtenido, y de aqui querrà inferir, que reconociò ser verdaderas las dichas ditas.

Nu. 53. Aunque esta clausula, como las demas, no necessitava de otra respuesta que la dada a las clausulas antecedentes, con evidencia parece, que en aquel acto no huvo mas que la lectura del tal memorial, y lo tiene assi reconocido la Capilla, no se hizo presencia de otro papel alguno, y naturalmẽte en un instante, que aquel acto pudo durar, ni en muchos meses, un hombre muy diestro, no pudiera reconocer la verdad de las ditas que se refieren en el inventario, quanto y mas las cargaçones que se dize paravan en Indias. Item, era error co nocido dezir ser ditas verdaderas las escrituras puestas a cabeça de otro. Y mucho mayor error fuera dezir ser ditas verdaderas las que se referian solo a papeles simples, y a memorias de sus libros. Pues si esto es corriente, puesto el exemplar en una persona, el hombre mas diestro, y el mas entendido del mundo, q̃ se avrà de juzgar en la aprovacion de una muger, y a la primera ora que llegava a verse con su marido? Toda obligacion, para que la aya, requiere consentimiento: en doña Madalena no le pudo aver, por la ignorancia de lo que aprovava, y por el error del reconocer ser instrumentos verdaderos, los que por el mismo inventario se assienta ser papeles simples. Petrus Surdus, consil. 150. num. 41. & 42. ibi: *Et cum necessarius sit consensus, ut ex pacto quis obligetur, consequens erit, D. Equitem pro dicta promissione obligari: Ignorans enim nõ consentit; l. si per errorem, ff. de iur. omnium iud. l. mater decedens de in-*

Nu. 54.

 offi-

officioso testament. l. cuius per errorem, ubi Decius de reg. iur. Parisius, consil. 99. num. 46. volum. 3. Cassan. consil. 11. num. 92. Et idem Surd. à num. 46. ibi: *Et procedunt præmissa etiam si accesserit iuramentum, l. ult. C. de non num. pecunia,* cita a Baldo, Parisio, Cravetta, Menochio, y otros, quibus adde, dicta supra, á num. 28.

Nu. 55. Pero sin perjuyzio de la verdad, quando dieramos a la parte contraria de barato, que doña Madalena viô, y reconoció todos, y cada uno de los instrumentos de dichas ditas, y tambien, que todos los dichos instrumentos eran in forma probanti, autenticos, y legales. Y finalmente, que assi mesmo vió, y reconociô las mercaderias, que estavan en Indias, que todo ello es impossible por naturaleza.

Nu. 56. De que se diga, que las ditas son verdaderas, no se sigue, que los deudores sean abonados, y que con efecto se cobrassen sin costa, ni daño alguno, y ay mucha distancia de lo uno a lo otro, como queda fundado en la proposicion segunda deste articulo, a num. 42.

Nu. 57. La quarta clausula es, que todo el dicho inventario suma, y monta liquidamente los dichos 23. qs. 772U050. mrs. los quales dixo, y declaró, que el dicho Capitan Pedro de las Muñecas tiene, e trae al dicho matrimonio. Tampoco altera esta clausula la calidad del dicho inventario: y el referir la suma que monta, no es para hazer estimacion de compra, y venta, sino para que se sepa la cantidad que montan las dichas ditas, como arriba queda fundado en la proposicion primera, num. 41. assi por ley expressa de derecho comun, como por las autoridades de Pedro Barbosa, Antonio Fabro, y otros alli referidos.

Nu. 58. La ultima clausula, que prometiô, e se obligó de estar, y passar por el dicho inventario, y memorial en el inserto, e por esta su aprovacion, que de todo haze, e de no yr, ni venir en manera alguna contra ello, so expressa obligacion de su persona, y bienes.

Nu. 59. Esta ultima clausula, expressamente declara la primera clausula de la prefacion de la escritura, que lo que en aquel

acto

acto se contratò, solo fue aprovar el memorial de bienes, dado por el dicho Capitan, y la diccion, *segun, y como en el se contiene (que en Latin es prout, tantas vezes repetida en esta aprovacion)* es restrictiva, y limitativa de toda la aprovacion; y en fuerça della, se à de estar solo à la cosa aprovada, que es desnudamente el memorial de bienes, dado por el dicho Capitan, ut cum Bart. in l. ædita, C. de ædendo, & alijs, el señor don Iuan del Castill. tit 4. cap. 42. num. 62. ibi: *Constat namque dictionem prout (Hispana,* segun, y como) *sui natura relativam esse, & operari; ne plus censeatur confesum, & venditum ex actu referente, quam habeatur in relata.*

Nu. 60. Y supuesto, que del mesmo memorial cõsta, que los 21. qs. 069 U436. mrs. fueron ditas, à que el Capitan dixo tener derecho; venimos de primo ad ultimum, à parar en las proposiciones, primera y segunda, supra num. 41. & 42. que el que trae ditas al matrimonio (disuelto que sea) no puede obtener en mas de lo que provare averse cobrado con efecto dellas, y aun en este caso, deducendo las expensas necessarias para su cobrança.

Nu. 61. Y porque en querer la Capilla llevar en dinero efectivo, y como dizen, en plata, tantas ditas vanas, como inventariò, y por instrumentos tan flacos, y repartidas en tan distantes partes. Oponese à las doctrinas referidas, supra num. 42. queriendo sacar del cuerpo de bienes, mucho mas de lo que

Nu. 62. truxo, *quanto es mas tener la cosa, que la accion.* Resistele tambien la justicia natural, *quam unusquisque sentit, vel sua mente*

Nu. 63. *sentire potest, l. scire oportet, ff. de excuss. tutorum*, que uno aya de restituyr lo que no cobrò. Y segun la equidad y justicia natural, se àn de interpretar los contratos, mayormente de compañia, l. in his, ff. de condict. & demõstr. l. si socios, ff. pro socio, ibi: *Pactum ex æquitate interpretantibus*, Facit l. 1. C. de donat. ante nupt. *Vt videatur accepisse, quod non accepit, & quod in dotem datum, non est repeti non potest.*

Nu 64. *Replica la Capilla, que por los libros del Capitan*

Capitan consta de la cobrança de dichas ditas; y que D. Madalena se à valido dellos, y assi prueuan contra ella: y que no es de creer, que el Capitan escriuiera por pagada partida alguna, y se quisiera prejudicar para con los deudores.

Esta replica contiene tres puntos, y a cada uno se satisface.

Al primero, y presuponer, que por los libros consta de la cobrança de dichas ditas: caso negado, que tal constasse, no puede ser probança a favor del Capitan, y su heredero; porque los libros que hazen particulares personas (como lo fue el dicho Capitan) pruevan contra solo el que los escrivió, y no en favor suyo. Dizese particulares personas a diferencia de las q̃ por oficio tienen obligacion a hazer libro, o por razon de la cõpañia escriven en el de consentimiento, y beneplacito del compañero, q̃ siguió su fee; ad tradita, por Escobar de ratiocinijs, cap 12. per totum, Menoch. & Nicol. Genuam, ubi infra. Digo pues, que los libros del dicho Capitan no pruevan en su favor, *l. Rationis, l. exemplo, C. de probationibus, l. 121. tit. 28. partit. 3* ibi *Escriven los hombres en sus quadernos por remembrança las cosas que se les deven: e otrosi, lo que ellos deven, e a las vezes escriven verdad, e a las vezes el contrario por olvidança, o maliciosamente: por ende dezimos, que si fallaren en algun quaderno de algun home finado, que le deve dar, o fazer otro alguno, alguna cosa, que tal escritura como esta, non deve ser creida, nin faze prueva: maguer paresciesse buen home, aquel que lo fiziesse escrivir, e oviesse jurado, que era verdadera, ca seria cosa sin razon, e contra derecho de aver home poderio de fazer a otros sus deudores por sus escrituras quando el se quisiesse.* Y en terminos, tambien lo resuelven assi. Escacia de judicijs, lib. 2. quæst, 11. Nicolas Genua de escritura privata. lib. 4. per totum, Menoch. de arbitrar. casu 92. & 93. Escobar de Ratiocin. [illegible] cap. 10. Y como dize Genua, ubi sup, num. 11. & 12. *Si a un escrivano publico no se le dà*

dà credito en lo que escrive en su favor, con mas fuerte razon no se le à de dar a lo que un particular escrive en sus libros.

Nu. 66. Y en quanto a que doña Madalena se á valido de los libros del Capitan, y que assi le prejudican. Lo primero, no es cierto en el hecho. Lo segundo es tambien menos cierto en derecho; porque segun el, quando las partidas son separadas, y no conexas, puede uno valerse del libro en una cuenta, y no por esso es visto aceptarle en otra, Escobar de ratiocin. cap. 13. num. 4. ibi: *Si ergo prima conclusio, quod si quis librum rationis de diversis negotijs, & inter diversas personas scriptum in una parte, probet non censetur probatum quod alias; & ita concludit Bolognetus in l. 1. num. 23. C. de edendo.* Siguen a Escobar Genua de scriptura privata, lib. 4. quæst. 2. num. 44. & 45. Eleganter Menoch. de arbitrar. casu 92. ex num. 15. Gregor. Lopez in dict. l. 121. partitæ. gloss. verbo dicimus.

Nu. 67. Y la razon, porque tantas como son las cuentas particulares, tantos son los capitulos diversos, y separados, y se pueden acetar unos, y reprovar otros, argum l. etiam, §. illud de minoribus. Idem Nicolas Genua, dict. lib. 4. quæst. 2. col. 194. num. 18. Menoch. dict. casu 93. per totum maxime à nu. 7. 8. 9. Escobar de ratiocin. dict. cap. 13. num. 7. cum duobus sequentibus, ponen por exemplar, que si Iuan en la pagin. 20. de su libro dize, que Pedro le deve cinquenta que le prestò, y en la pagina 40. dize Iuan que le es deudor a Pedro de 50. por venta que le hizo: que aunque Pedro acepte la partida de la pagina 40. no es visto aceptar, antes puede reprovar el emprestido que contra el se refiere en la pagina 20. *Et ratio est in promptu, cum enim separatæ hæc omnino sint causæ, & parcelle partem quis aceptare potest, & partem improbare ad l. etiam, §. 1. de minoribus, & vel diversi sunt causæ variatio non improbatur, l. in causæ §. 1. de procuratoribus.* Pues si esto procede a un respeto de una misma persona, procederà mas bien, quãdo el q aceptare una partida del libro, reprovare las partidas de cuentas con otras escrituras en diversos tiempos, y en diferentes paginas, mayormente en libros de un particular, que siẽpre llevô la mira

a defraudar a ſu muger, como eſtá dicho, y ſe dirà adelante en la pretenſion 8.

Nu.68. Ya ſe ſabe, que conexa dicuntur, quando unum non poteſt ſtare ſine alio, ſeparata autem quæ facta ſunt diverſi temporibus, late Nicolas Genua, ubi ſupra num. 13. & cap. 2. lib. 4. por todo el, col. 198. Eſcacia dicta quæſt. 11. à num. 37. & 371. Menoch. dict. caſu 93. Mareſcotus, lib. 2. variar, c. 45. num 4.

Nu.69. De que ſe ſigue, que aunque doña Madalena ſe valga de los libros del Capitan, para prueva de las Miſſas que hizo dezir por ſua alma, conſtãte el matrimonio, y donaciones que hizo; y para lo gaſtado en el Colegio que fundô en el Valle de Otañez, lo podrá hazer muy biẽ, ſin que por ello ſea viſto aceptar, ni aprovar lo q̃ huvieſſe eſcrito en paginas diferẽtes, y cõ diferentes partidas, y en tiẽpos diverſos; y mayormente en lo q̃ continuando ſus fraudes parecieſſe eſcrito por cobrado de las ditas vanas, e incobrables, que inventariò, mas por obſtentacion, que no porque fueſſen ciertas y cobraderas.

Y en quanto a lo ultimo deſta replica, de que no es creible, que el Capitan eſcrivieſſe en ſus libros por pagado lo que no huvieſſe cobrado.

Nu.70. El Capitan puſo en ſu llamado inventario, quanto el quiſo, nadie le fue a la mano, ni pudo, pues la meſma Capilla reconoce por ſu peticion a fo. 130. que no ſe hizo demoſtracion de coſa alguna de quantas contenia el inventario; y del meſmo hecho, tambien reſulta ſer aſſi. En el preſupueſto tercero queda referido, que de los 25. qs. 069U436. mrs. inventariados por ditas, ſolo los 11. qs. 737U324. mrs. ſe refiere aver eſcrituras en ſu cabeça, y todo lo demas reſtãte, es relacion a papeles ſimples, y ſus libros. En quanto a las eſcrituras, dellas meſmas à de conſtar las que huvierẽ ſido, y por cobradas ſe huvieren cancelado, y tambien las que eſtuvieren oy por cancelar. Empero en quanto a todo lo demas, de que no huvo inſtrumento legitimo para poderſe cobrar, no cabe en razon alguna, que doña Madalena aya de pagar-

lo

lo de ſu parte de multiplicado, a menos que conſte aver ſido
Nu.71. verdaderas las dichas ditas, y con efecto entrado ſu principal en el matrimonio; y no es buena conſequencia inferir de unas partidas a otras diverſas, y ſeparadas; l. Papinianus
Nu.72. exuli, de minoribus. Y en las tales diverſas, y ſeparadas, ceſſa la conjectura, que en contrario ſe inſinua, firmat Gratianus diſcept. 570. num. 36. ibi: *Ceſſat etiam aliud amminiculum, quod ſolutio aliquarum dotium de quibus reperiuntur, inſtrumenta faciat præſumi alias dotes, & debita fuiſſe ſoluta exemplo libri, in una parte verificati, Ro[illegible] deciſ. 813. num. 14. & 15. part. 1. Quia procedit, quando ageretur de unico actu, ſeu ſcriptura diverſarum parcellarum ab eodem mercatore pro eadem perſona ſcriptarum, tunc enim veritas unius, infert veritatem alterius, ſecus quando, prout in caſu noſtro, actus ſunt ſeparati, & adſunt diverſæ perſonæ, & inſtrumenta ſunt diverſa; nam tunc non eſt facienda talis illatio, ut declarat Menoch. de præſump. quæſt. 63. num. 8 & 9. lib. 3. Dec. in l. 1. num. 4. C. de edend. & conſ. 316. viſis quæ acutiſſime ante finem, num. 7. & 8. Aim. conſ. 257. nu. 1. ad med. Purpur. in l. admonendi, num. 200. ff. de iure iur.*

Nu.73. Lo otro, el dicho Capitan ningun agravio ſe hazia en eſcrivir por cobrado lo que no era verdad que ſe lo deviã, o era incobrable, ex reg. l. nam lis de dolo. Antes bien encaminava a conſeguir el fraude, a que ſiempre llevó la atencion de defraudar a doña Madalena de lo multiplicado, y como hombre tan aſtuto, anotar por no cobrado alguna pequeña parte, para hazer mas veroſimil lo eſcrito por cobrado.

Nu.74. Y quien como el Capitan, a la ora de ſu muerte puſo en execucion, ocultar a doña Madalena 6U500. eſcudos de oro, y el fraude le premeditó años antes, teniendolos en poder de una criada, con orden que nadie lo ſupieſſe: y el meſmo orden le diô, quando para ocultarlos ſe llevavan a caſa de Prudencio de la Renteria, manifieſtamente ſe conoce el fraude de dicho Capitan, y la poca fee, y ninguna que ſe à de dar a lo que en ſus libros quiſieſſe eſcrivir por cobrado, eſtando a ſolas en ſu eſcritorio, quando no tenia calles, ni Igleſias que

atra-

atravessar, ni don Iuan Hurtado de Mendoça le podia coger, como dizen, con el hurto en la mano, y subcede la regla del cap. *semel malus de regul. iuris in 6.* Antes se puede dezir con Ovidio: *vivitur ex rapto non hospes ab hospite tutus, nec socer à genero: fratrum quoque, gratia rara est:* facit l. fin. ff. de rei vind. authent. contra qui propriam, C. de non numer. pecunia, y
Nu.75. se esfuerça mas, con ver, que a la ora de la muerte executasse fraude tan considerable contra l. fin. cap. ad legem Iul. repetundarum, Aimon. cons. 6. num. 5. Menoch. lib. 5. præsumptione 5. per totam, & à nu. 22. & *peccans in uno fit omnium reus: cap. defleat de iur. iur. & in teste quod non credatur ei, peccans in uno.* Azeved. in l. 2. tit. 8. lib. 4. Recopil. à nu. 24. y individual para lo escrito en libros, es lo citado supra á num. 65. que todos los alli referidos requieren buena fee del que escrivió, y que en nada falte a la verdad.

Nu.76. *Tercera pretension de D. Madalena, contra el inuentario, y joyas, y esclauos, y demas alajas en el referidas: es, que caso negado, fuessen ciertas, y verdaderas, no parecio cosa alguna dellas, ni huuo apreciadores, ni estimadores; y assi pretende, que quando fuessen ciertas, se á de reduzir su estimacion al justo valor.*

Fundase, aunque el excesso sea menos de la mitad, en la mucha equidad que en sumo grado á de haver en la compañia de entre marido, y muger. Y aunque la Capilla, por ponerlo todo a pleyto, dize obsta a està pretension la l. 2. C. de
Nu.77. rescindenda venditione. La proposicion es corriente, *ex l. iure sucursum, ff. de iure dot. l. 16. tit. 11. part. 4.* & ibi Gregor. Lopez, Antonius Gomecius in l. 53. Taur. nu. 54. Barbosa solut. matrimon. 4. part. regulæ, num. 25. & 26. & in l. æstimatis 5. sol. matrim. num. 23. & 24. Molina de iustitia & iure, to. 2.

dis-

disput. 426. num. 9. col. 793. & ibi: *Quod hoc procedit sive æstimatio sit facta in detrimentum uxoris, sive viri.* Assentit Pinel. ad dict. l. cap. 1. per totum, part. 1. & cap ultim. eiusdem partis num. 33. Y sea exemplar en la maquina de plata blanca labrada que supuso tenia, estimandola a setenta y dos reales el marco. Et sic de singulis.

Nu. 78. *Quarta pretension de D. Madalena, contra el inuentario; y en particular, para que no se ayan de passar 32U. reales que refiere en su memorial tener en dinero de plata y oro, y 800. ducados en ropa blãca.*

Nu. 79. Fundala en lo que queda dicho en este papel en la primera pretension contra el inventario, desde el numero 24. y siguientes, a que se añade el lugar de Menochio, lib. 1. presuncion 24. nu. 46. ibi: *Pauper enim de præsenti præsumitur etiam retro fuisse pauper, quia quilibet præsumitur in dies ditari, l. si defunctus, C. de arbitr. vnde cum iste non reperiatur dives de præsenti verisimile est, quod etiam non fuerit dives tempore præterito:* y assi, que si tuviera, (como supuso) 32U. reales en dinero de plata y oro, ni comprara al fiado 18. dias antes 600. ducados de joyas, ni 30. dias despues sacara a daño 4U. reales. Y a la replica de la aprovacion hecha por doña Madalena, tambien queda satisfecho arriba desde el num. 43. a 60. a que se à de atender aqui por repetido para la decision deste articulo.

Nu. 80. *Quinta pretension de D. Madalena, contra el inuẽtario, que caso que constasse auerse cobrado con efeto 4. qs. 98U890. mrs. de ditas inuentariadas (por dezir tenerlas en diuersas partes de las Indias, y que por los registros de la Contratacion conste de su cobrança, y retorno a España, que es el*

unico medio, por donde à de constar, porque todos los demas seràn delito, y esse no se à de dar, ni presumir.) Pretende pues D. Madalena, que se àn de baxar dellos a razon de 50. por 100. y a 100. por 100. en atencion a las partes de las Indias, dõde se inuentariaron, por la diferente estimacion que ay de vnos puertos a otros, de tierra firme, o de nueua España.

Nu. 81. Porque si la Capilla huviesse de sacar en dinero en Sevilla otra tanta cantidad, como la que se dixo parava en Indias, vendria a llevar de mas a mas toda la demas estimacion que vá a dezir de vna parte a otra, contra la disposicion del derecho, que la restitucion del capital se à de hazer de la misma bondad y calidad, l. res in dotem, ff. de iure dote, ibi gloss. & communiter DD. y en terminos de Capital de marido, Ayora de part. 1. part. cap. 7. ex num. 6. usque 14. Y es elegante lugar para el proposio Iuan Gutierrez, de gabelis, quæst. 73. ex num. 2 por toda ella, y en el num. 14. habla de pecunia traida por el marido al matrimonio.

Nu. 82. Opone la Capilla, que estas leyes y doctrinas proceden, y hablan en aquellas cosas, que en su genero reciben funciõ, y que no se à de estẽder a la pecunia (como si la pecunia no fuera de las que reciben funcion en su genero) y como si es-
Nu. 83. to no fuera segun la corteza de la ley, y no el sentido, y razon de decidir (contra l. leges, ff. de legibus, *Non verbis sed rebus impositæ sunt*, pusieron el exemplo en lo mas contingible. La razon de equidad, y justicia natural, corre tambien en este caso, ex l. actione, §. labeo, ff. pro socio, que el lucro y daño á de ser comun. Pues si el dinero desta partida se perdiera en la mar (o otro accidente) reconoce la parte contraria, y con razon, que avia de ser por cuenta de la compañia, y cita a Pa-

lacios

lacios Rubeus in rubric. §.66. num 30. ibi: *Consuetudo in hoc iure Regni est ut de bonis super lucratis resartiatur damnum, casu contingens, in bonis alterius coniugum, & sic iudicatum fuit in chancellaria, & est satis rationabile*, sequitur Gregor, in l. 18. tit. 11. partita 4. verbo el pro, Matienz. in l. 3. t. 9. gloss. 7. nu. 7. lib. 5. Recopilac. Quien esto alega, y reconoce assi, no alcançamos con que color pueda pretender, que se le pague en Sevilla a dinero efectivo todo lo que inventariò por ditas a pagar en Indias, quando no ay quien pueda ignorar la diferencia que và de un dinero a otro, por la duda de la cobrança, por las agencias, por los derechos de maestraje, encomienda avería, y riesgos, y otros mil infortunios, a que està sujeto el traspassar dineros de Indias a España. Y sucede la regla vulgar, *Secundum naturam est commoda cuiuscumque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*.

Nu. 84. De lo dicho resulta, que en fuerça del memorial de bienes, dado por dicho Capitan, no puede la Capilla su heredera, obtener en mas de lo que provare aver sido verdadero, y entrado con efecto en el matrimonio; porque el dicho memorial, solo fue verbal, y sin hazerse presencia de cosa alguna, como del mesmo hecho se manifiesta; y lo tiene reconocido assi la Capilla: y que la aprobacion de doña Madalena fue constãte el matrimonio, sin autoridad de juez, y sin noticia de lo q̃ se aprovava; y q̃ la aprovacion fue restringida, y limitada, segun, y como en el memorial se cõtiene: y por el consiguiente, no tiene mas fuerça que el. Y porque los libros del Capitan no pruevan contra doña Madalena, en especial en partidas distintas, y separadas, y escritas por un hombre tan astuto, y sagaz, y fraudalento: y en particular, quanto a las ditas inventariadas, que montan mas de 21 qs solo se deve dar sentencia legal, para que se le passen, y hagan buenas, las por instrumentos publicos a su cabeça, que por cobradas estuvieren canceladas, y no las que estuvieren por cancelar. Empero no las ditas referidas a papeles y memorias simples (de cuya data tambien son las mercaderias, que dizẽ paravan

en

en Indias) y nada se deve hazer bueno, a menos que prueve su cobrança, y en substancia viene a ser lo mesmo, que aver inventariado los molinos de Fez, y mas en un hōbre, q̄ hasta la ultima hora de la vida continuó el defraudar a su muger, y que tan diestro estava, en que en los contratos matrimoniales se hiziesse gran volumen, *ad honorem*, y obstentacion; y lo praticò assi en la dote dada a doña Iuana de las Muñecas su sobrina.

Esto quanto al inventario; y passamos a las pretensiones, que en particular tiene doña Madalena, para que se le aya de dar satisfacion de lo multiplicado, que son las siguientes.

Nu. 85. *Primera pretension de D. Madalena Hurtado de Mendoza, es, que de lo que tocare al capital, se le mande hazer pago de 2 U. ducados de arras.*

Consta de la promessa por escritura publica, vamos llanos, a que solo se entienda en quanto quepa en la decima parte de los bienes que el Capitan tenia quando prometió dichas arras; con lo qual corre la pretension sin dificultad, ex l. 2, tit. 2. lib. 5. Recopil.

Nu. 86. *Segunda pretension, que del cuerpo de bienes se le mande hazer paga precipuamente, de 1 U. ducados, por tantos que el Capitan diò al Cabildo de la santa Iglesia de Sevilla, por una pitança, de que consta por escritura publica.*

En quanto a esta pretension, la parte de la Capilla se à allanado, y assi se escusa hablar en ella.

Nu. 87. *Tercera pretension es, que se le adjudiquen* preci-

precipuamente 31U221. reales por la limosna de 13U876. Missas, a razon de dos reales y quartillo por cada Missa; que el dicho Capitan hizo dezir en vida por su alma: y por lo menos que la sentencia sea legal, para que à D. Madalena se le adjudique por los Contadores otro tanto como constare.

Nu. 88. Consta de muchas dellas por cartas de pago, que tomô, y de las restantes, por averlo assi dexado escrito, y declarado expressamente, averlas hecho dezir por su alma, con que cessa lo que la Capilla opone de ser permitido, y aun devido hazer dezir Missas por los buenos sucessos de la compañia de marido y muger. Reconocese assi, y lo hazia muy de ordinario el Capitan: no se habla de mucho que en esto se gastò. La pretension se reduze, solo a las que constare por su voluntad expressa aver hecho dezir por su alma; y estas nadie podrà dudar que àn de salir de su capital; porque la limosna á de ser de lo propio, no de lo ageno, C. sicut dignum, §. eos de, homicidio, cap. eam te de iure iur. y en substancia y verdad fue atencion del Capitan, de hazer en vida lo que acaso no cumplieran en muerte sus cabeçaleros. Manifestose mas su voluntad con la clausula 73. de su testamento, en que encarga a sus cabeçaleros, se vayan a la mano en dezir Missas por su alma, por quanto el lo tiene hecho en su vida, que passan de quatro mil. Y dixo bien, porque passan de treze mil; y

Nu. 89. semejantes gastos an de salir de su parte, y no de la de doña Madalena su muger, ut cum Cobbar. & alijs Azeved. in l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil. à num. 15. & 16. Gart. de expensis, cap. 13. num, 20. & cum Bart. & alijs Cancer, lib. 1. cap. 2. à nu. 116. porque la permision de enagenar en vida, no se estiende a disponer en muerte.

Nu. 90. *La quarta pretension es, de 250. ducados, que al tiempo de su muerte, y por su mandado se le dieron de limosna a tres Conuentos.*

La Capilla se à allanado por peticion, constando averse dado, y consta de la paga, y que la hizo don Iuan Hurtado de Mendoza, de que ay cartas de pago.

Nu. 91. *La quinta pretension es, de 500. ducados por la libertad, que por clausula 43. de su testamento dió a vna esclaua.*

Tambien es corriente esta pretension, solo vendrà a parar la duda a la estimacion, y valor que tenia la esclava, ex Cobarr. variar. cap. 19 ibi: *Nec alienatio ei permittitur in vltima voluntate,* habla Cobbar. de la permission que tiene el marido para enagenar los bienes multiplicados, declara, que no se entiende por ultima voluntad, ut sup num. 89.

Nu. 92. *La sexta pretension por parte de D. Madalena, es, que de los bienes multiplicados se le à de dar satisfacion de 2U. ducados, en que el dicho Capitan comprô la merced de vn Abito de Santiago, y de lo que huuiere depositado para las pruebas, y gastos hechos en las diligencias, para conseguir lo que pretende, passaron à mas de 30U. reales.*

Nu. 93. Fundase, en que la compañia de marido y muger no es universal de todos los bienes, sino particular *lucri & acquestus*. Matienzo in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopil. gloss. 3. nu. 1. & in d. l. gloss. 2. eodem titul. num. 8. Hermosilla ad legem 55. tit. 5. partita 5 gloss. 2. á num. 20. vbi quod de hac *Societate loquitur* text,

I La

text. in l. cõmuniori cum sequentibus, ff. pro socio. Morquechus de divisione bonorum, lib. 2. cap. 15. num. 18. & 19. y esta proposicion es corriente. Y es conocida la diferencia
Nu. 94. que ay entre la compañia universal, y particular. A saber, que en la universal todo gasto se comunica, y participa: empero en la particular, *lucri, & acquestus*, solo se imputa, y participa lo que se haze por razon de la compañia, y a provecho della; y no lo que un compañero compra para si solo, sin utilidad de la compañia, y deve ser a costa propia suya; porque seria venir a lastar la compañia, lo que no se huviesse hecho por razon, y a provecho della, l. si patruus, C. communia utriusq; judicij, ibi: *Res comparavit sibi negotium gerens*. Matienzus in l. 2. gloss. 1. nu 32. tit. 5. lib. 5. Recopila. & in l. 3. gloss. 1. nu. 3. Barbosa in l. si ab hostibus, §. fin. num. 68. ff. solut. matrim. Petrus de Vbaldis, tractatu de duobus fratribus, 6. p. n. 6. ibi: *Non potest communicari, nec participari cum socio, quia solum coheret corpori ipsius, merito non est conveniens, quod expensa facta communi corpori imputetur*. Y en el num. 7. sigue este Autor la diferencia de la compañia universal, a solo la de *lucri, & questus* particular, que en esta solo se à de imputar lo que se gastare à provecho della en comun, y no al del particular, y para si solo, como fue el gasto en la compra del Abito.

Nu. 95. *Oponese por la Capilla, que este gasto fue para el lustre del matrimonio, y de los hijos del, y que no se à de estar a si huvo hijos, sino si los pudo aver.*

Nu. 96. Respondese, que el Capitan era notorio hijodalgo, Vizcaino originario, con que cessan quantas consideraciones se hazen de si la muger à de seguir la condicion del marido; y assi por esta razon, como por la nobleza conocida de doña Madalena, nunca se le pudo seguir utilidad, ni lustre de semejantes gastos, hechos por vanidad del dicho Capitan, *Et quia solum cohaeret corpori ipsius merito non est conveniens*, que

aya

aya de ser a daño, y costa de la muger, ex Matienzo, & Pedro de Vbaldis, ubi supra.

Nu. 97. Y porque quando el Capitan hizo esta compra, y gastos, era ya de edad de mas de 80 años, y su muger de mas de 50. y si en tantos como durô el matrimonio, nunca tuvieron hijos, ya se vê, que en tal edad, naturalmente estavan impossibilitados de los poder tener, y que esto mirô solo al lustre de su entierro del Capitan, y que quedasse memoria en sus patronatos aver sido Cavallero de la Orden de Santiago: y lo que un hombre gasta, ya en edad tan decrepita, se juzga, como dispuesto por su testamento, y por su cuenta, Azevedus in l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil. à nu. 16.

Nu. 98. Y porque, como está dicho en el septimo presupuesto, el Capitan siempre tuvo desamor a la dicha doña Madalena; y fue con atencion, y mira de defraudarla de lo multiplicado: mayormente por verse sin hijos, e impossibilitado de los poder tener. A este fin hizo tantas donaciones, fianças, y contratos graciosos, como adelante se dirà: y el fraude se induze,

Nu. 99. y prueva eò ipso, que se viô sin hijos, como en terminos de la misma l. 5. tit. 9. lib. 5. de la Recopil. lo consideran los DD. y en particular Didacus Perez, in l. 4. tit. 4. lib. 5. ord. fol. 171. colum. 1. circa finem, ibi: *Sed aperta est fraus quando donat sine aliqua utilitate, & considerabili homini negotiatori, & industrioso, & maxime quando est discordia inter coniuges, & caret liberis.* Tellus Fernandez in l. 19. Tauri, num. 5. ibi: *Finge nullus filios ex matrimonio procreasse, ut bona acquisita sint mariti, & uxor nihil ex eis consequatur.* De suerte, que es evidente el fraude del marido en expender lo multiplicado sin causa de utilidad para la compañia, el verse sin hijos, como al presente lo hizo el dicho Capitan, y assi deve ser por su cuenta, y no de la muger, el gasto hecho en la compra de la merced del Abito, deposito para pruevas, y demas diligencias.

N. 100. *La septima pretension de D. Madalena, contra el cuerpo de bienes del matrimonio,*

es

es de 2.qs.985U945. mrs. que el Capitan gastò en la fabrica del Colegio, y bienes del Valle de Otanez.

N.101. No se duda, que el dicho Capitan pudiesse fabricar, y fundar, como fabricò, y fundó el dicho Colegio (aunque son bienes adqueridos, cōstante matrimonio) dadose satisfacion a la muger en otro tanto de los demas bienes gananciales, Ayora 2. part. de partitionibus, quæst. 41. Angulo, in l. 8. de las mejoras, Ioan Garcia de expensis, cap. 13. num. 20. y es doctrina corriente.

N.102. La duda se à puesto solo, en que estas casas, y bienes, no se an de tassar por lo que costaron, y se gastô en ellas, sino por lo que valieren al presente; y que para ello se à de considerar el sitio, y lugar adonde están, y lo que pueden rentar: mayormente, porque la compra, y edificio, fue, no con animo, e intento de hazer en ellas Colegio, sino para efecto de yrse a vivir, y retirar a ellas, por ser de sus mayores, y tan cerca de la naturaleza de su muger.

N.103. Escluyese esta oposicion, porque el Capitan nunca tuvo, ni primer pensamiento de retirarse a la Montaña; el animo, e intento suyo, de cōprarlas, y edificarlas para Colegio, se manifiesta por la fundacion que del hizo. *Nam ex actu sequenti demonstratur qualis fuerit precedens animus, §. paccionum institutis de rer divisione, Menoc. præs. 30. volum. 3. à num. 54. & exitus acta probant, l. rem novam, C. de iudicijs.*

N.104. Y pues toda la dicha cantidad saliô del cuerpo de bienes multiplicados, deve hazersele bueno dellos otro tanto a doña Madalena, pues en tanto està agraviada, y lo que en contrario en esto se insinua, pudiera proceder en los bienes que se adquieren, y compran para la compañia: no empero en los que el Capitan comprô para obra pia por su alma, que esto siempre se á de regular por lo que del matrimonio sacô para ello, ora estè estante, o no lo estê, Cobbarub. Azevedo, y Ioan. Garcia, referido supr. nu. 89.

N. 105. Y el dezir que fue de sus mayores del Capitan, no desayuda a la pretension de doña Madalena, antes la apoya, pues como tal pudo dar mas por las casas, y bienes, de lo que valiessen, por la afeccion que siempre se tiene a las casas de los mayores, vulgata lex qui tutores, C. de administratione tutorum, y es buen texto para el proposito la l. si in emptione 35. ff. de minoribus. Y no à de ser a daño de doña Madalena la afeccion particular del Capitan.

N. 106. Y quando todo cessara, que no haze, carece de fundamento presuponer, que el Capitan por su voluntad, en casas de sus mayores, quisiesse por el afecto comprarlas en mucho mas de lo que valiessen, y gastar en fabricar el Colegio tan grande cantidad: y que no se contentó con lo gastado, sino que a la ora de la muerte mandô se adelantasse la fabrica, y que esto se diga aver de tassarse por lo que rentare. La misma razon està resistiendo a la parte de la Capilla, pues semejante edificio, y en tales puestos, claro está que no avria quien diesse por el un maravedi de renta; antes seria necessario darsela a quien le quisiesse habitar y conservar: con que vendria doña Madalena a ser dãnificada en todos los 8U. ducados que tuvo de costa hasta la muerte del Capitan; y esto seria otro medio de los muchos que tuvo el Capitan, para defraudar a su muger de lo multiplicado: y aunque en razon natural, tan clara, y evidente, no se necessitava de otra mas autoridad, es buena doctrina la de Iuan Garcia, que aviendo tocado el punto de que los bienes se an de estimar en atencion a su

N. 107. renta, advierte, q̃ esto no procede en casas, ni edificios suntuosos hechos en lugar montañoso, y que la tassacion à de ser, segun su verdadero valor, y costa, es el lugar de Ioan Garcia de expensis, cap. 4. num. 19. ibi: *Adverte tamen ad unum singulare, & verum, quod licet dixerimus pretium rei resultare ex fructibus, & fructum, estimatione, ut tantum sit in pretio, quantum sit in fructibus, & redetibus; ut hæc regula, non habeat locum in domibus amplissimis; harum enim vera æstimatio, non resultat ex reditu, quia amplissimæ, ædes solent vilissimè locari, textus expressus in l. fin. §.*

fin

sin autem æs alienum, vers. sin autem non habeat, ibi: *Sunt tamen res mobiles, vel immobiles steriles quidem, non tamen inutiles, veluti domus in provincijs pretiosæ, vel ubicumque posita ædificia, C. de bonis, quæ liber, & ibi notat expresse Bald. unde Petrus de Vualdis de collectis, num. 5. allegans Baldum, ubi supra, & text. ibi dicit, quod in materia collectarum tanta collecta est imponenda ædibus superbis, quanta vilissima domui, quia amplissima ædificia, & superbæ ædes sunt bona immobilia sterilia, nec possunt ex reditibus æstimari dict. l. fin. § sin autem, C. de bonis quæ liber.* Hasta aqui Ioan Garcia, Menochius de bonorum divisione, lib. 3. cap. 1. ibi: *Quia dicta turris non debet æstimare, iuxta eius reditus maxime, quia prope semper turris nullos reditus præstat, &c.*

N. 108. *La octaua pretension de D. Madalena, es, de 5. qs. 956U886. mrs. de plata, que se componen de dos cadenas de oro, labor de China, 8U. pesos, y 6U500. escudos de oro en doblones de a 8. de a 4. y de a 2.*

N. 108. Porque el dicho Capitan, prosiguiẽdo hasta la ultima ora de su vida, en defraudar a D. Madalena de la mitad de multiplicado, mas de quatro años antes de su muerte, fue disponiendo ocultar a la dicha doña Madalena los dichos 6U500. escudos de oro; y para conseguirlo, los entregò a Maria Hernandez su criada (que es a la que diò la libertad, de que se habla en la 5. pretension) y le ordenó, que los guardasse secretamente, sin que nadie lo pudiesse entender, y en particular, no lo supiesse la dicha doña Madalena: y muy pocos dias antes que muriesse, ordenò a la dicha criada, que con secreto los entregassen (como los entregò) a Prudencio de la Renteria, Mayordomo, a la sazon, de la dicha Capilla; y para que los llevassen a su casa, juntamente con el Capitan Iuan de Pucheta, y Santiago de Alcedo, sobrino de dicho Capitan, que aviendolos ya sacado de casa, y por mas secreto, atravessando por dentro de la Iglesia de santa Maria la blanca (que

una



una puerta de la dicha Iglesia cae frente delas casas de dicho Prudencio) don Iuan Hurtado de Mendoza, Cavallero de la Orden de Santiago, que a la sazon se hallô en la dicha Iglesia, hizo reparo, en que los dichos Capitan Pucheta, y Santiago de Alcedo, yvan emboçados, y sobarcados, y en seguimiẽto dellos el dicho Prudencio de la Renteria: y rezelando, que podria ser sacar alguna cosa de casa de su hermana, llegò a reconocerlos, y hallô que llevavan talegos de dinero, y respondiendole turbados, que yvan a casa de Prudencio de la Renteria, se fue con ellos, y el dicho Prudencio, viendo la aprehension, se quedô en la Iglesia, hasta que el dicho don Iuan Hurtado huvo de bolver a sacarle della, para llevarle a su casa, en donde se contaron los talegos que llevavan los dichos Ioan de Pucheta, y Santiago de Alcedo, y se hallaron los dichos 6500. escudos de oro, que en presencia de testigos quedarõ en poder de dicho Prudẽcio de Renteria. Y por aver entendido el dicho Capitan Muñecas lo susodicho (viendo que ya no tenia remedio el fraude intentado) hizo, que los dichos 6U500. escudos de oro, dos cadenas, y ocho mil pesos (que el dia antes, tambien se avian llevado secretamente a casa del dicho Prudencio) se passasse todo, como se passò a la arça de dicha Capilla, su heredera, de donde el dicho Prudencio de la Renteria sacò para el entierro del dicho Capitan 2U. pesos: y tambien passò a su poder las dichas dos cadenas: y en quanto al demas dinero, pretende la Capilla, que lo sacó de las arcas della el señor don Ioan de Gongora. Esto pressupuesto en el hecho.

N, 109. Quanto al derecho, es cierto, que la muger, constante el matrimonio, es señora en possession, y propiedad de lo multiplicado, como el mesmo marido, sin que aya mas diferencia de estar velado el exercicio de la muger, hasta la muerte del marido, l. 47. tit. 28. part. 3. & cum multis Ioan Garcia de conjugal. aquestu, num. 12. quibus adde Morquechum, de divisione bonorum, lib. 2. cap. 14. per totum, Ioan. Gutierrez 2. practicarum quæst. 118. Y llegado ya el tiempo tam pro-

ximo

ximo a su muerte, y en tan grave senectud, tan dueño, y se-
N. 110. ñor era de lo multiplicado doña Madalena, como el Capitã,
y alomenos el Capitan no podia disponer dello. Azeved. in
l. 5. tit. 9. lib. 5. num. 15. cum Cobbar. Afflictis, & alijs, quos re-
fer, & sequitur. Y fue violencia sobre fraude tan grande, la que
el dicho Capitan hizo, en querer primero ocultar el dicho di-
cho dinero, y ponerlo en execucion: y quando mas no pudo
despojar a la dicha D. Madalena de la possesiõ, y dominio q̃
tenia sobre el dicho dinero; y por el consiguiente, à de ser a
cuenta de su capital, en lo que alcançare; y en falta de su mi-
tad, de ganancias.

N. 111. No obsta dezir, que el señor don Iuan de Gongora tomô parte de dicho dinero, o lo mas de todo ello; porque la dicha Capilla, como heredera del dicho Capitan, y su Mayordomo, deviô en justicia defender la saca dello (tanto mas, porque el dicho señor don Iuan de Gongora no pudo, ni tuvo facultad para tomarlo) y siempre deviô pedir su restitucion, porque la dicha doña Madalena no podia hazer diligencias; segun la mas ajustada, y praticada opinion, Ioan. Gartia de coniugat. acq. num. 157.

N. 112. Y porque si el dicho Capitan dexara en su casa, y en poder de la dicha doña Madalena el dicho dinero, no lo sacara el señor don Iuan de Gongora, con pretexto ser dinero de obras pias, y no à de ser a daño de doña Madalena el fraude y delito del dicho Capitan, Ex regula, c. damnum de regul. iur. in 6. cum vulgatis, bonus text. in l. si vehenda, ff. ad legem Rod. de iactu; y porque quando el señor don Iuan de Gongora tuviera ordẽ (que se niega) y a esto se quiera llamar caso fortuito, nũca este escusa, quando precede culpa, cap. 1.
N. 113. cõmodati, l. si ut certo, §. nunc videdum, l. in rebus, §. prim. ff. commodati, l. 2. tit. 2. part. 3. & ibi Gregor. Lopez. de donde dixo Antonio Acacio Ripol, cap. 12 de sus varias, n. 112. *Quod ubi potest considerari culpa, ex parte hominis, non sufficit probare casum fortuitum, sed est necessarium excusare culpam.* Vease pues como se podrá escusar la culpa en dicho Capitan, en poner

 pri-

primeramente en execucion la ocultacion de dicho dinero; y lo segundo, despojado a doña Madalena del derecho y dominio, y possession que en ello tenia, quando se puede dar
N.114. nõbre de especie de hurto, segũ Rodr. Suarez, in l. 1. tit. de las ganancias, nu. 53. ibi: *Et qui alienum donat dominum expoliat, l. pactum curatoris, C. de pactis, & de alieno largiri esse speciem furti dixit text. in l. si pignore, §. 1. ff. de furti,* & furtentur de omni casu contingenti, sive naturaliter, sive fortuito, l. penultim. ff. de vi, & vi armata, y la administracion que le concede al ma
N.115. rido la dicha l. 5. es por contractos, no in vltima voluntate, ni quando ya està in gravi senectute, Azeved. in dict. l. 5. nu. 15. supra citado, y otros a num. 89.
N.116. Y finalmente se responde, que el Capitan mandò emplear su hazienda en renta, para fundar sus memorias, y obras pias, el señor don Iuan de Gongora avrà venido a ser executor de su voluntad: y si la Capilla no á tomado fincas, tambien vendrá a ser culpa suya, y por su cuenta; y assi por todos caminos corre con llaneza la pretension de doña Madalena.

N.117. *La nouena pretẽsion de D. Madalena Hurtado de Mendoza, es, de 1. q. 870U. mrs. de plata, que constante el matrimonio, diô en dote el Capitan a D. Iuana de las Muñecass su sobrina.*

Y de otro cuento 265U291. mrs. que el dicho Capitan diò de alimentos en la villa de Castro de Vrdiales, a dos hermanas que alli tenia, por mano de algunas personas; que desde el año de diez y ocho, hasta el de treinta y seis, fueron socorriendo a las dichas sus hermanas; y para ello tenia de respeto antepuesto dinero.

Y de 542U776. mrs. que hizo de gracia, y donacion a Mariana de Galvan su sobrina.

Y de 374U mrs. que el dicho Capitan dió por una vez a Pedro de las Muñecas su hijo.

Y de

Y de 1.q.683ʒ.mrs. por 15. años de alimentos a don Iuan Ignacio su sobrino, criandole con un Clerigo por ayo dentro de casa, a razon de 300. ducados en cada un año, que las dichas partidas montan 5.qs.735ʒ067.mrs.

N,118. *Otrosi, la pretension de D. Madalena en esta parte, se estiende, no solo a las donaciones referidas, sino que tambien se â de dar sentencia legal, para que los Contadores le den satisfacion de lo que mas cōstare auer dado a las dichas sus hermanas, y sobrinas, por mano de las dichas personas, & de otras, en los demas anos de los arriba referidos, o que al respeto dellos se haga cargo al dicho Capitan, y su heredero.*

N,119. Bien pudiera estenderse este papel con referir por menor los fundamentos que ay para la pretension de doña Madalena, y que la potestad que el marido tiene en fuerça de la repetida l. 5. tit. 9. lib. 5. de la Recopil. se à de entender, y procede por via de venta, o otro contrato semejante, cessante fraude, no empero por via de donacion, quia donare est perdere, y que en la donacion no se podia verificar la limitaciō de fraude, que exceptô dicha ley, pues si ella le permitiera donar, no fraudara, usando de su derecho, y que seria rediculoso, que el marido pudiesse hazer semejantes donaciones, cō que quedaria ilusoria, y frustrada la ley q̄ induce la comunicaciō de bienes: mayormēte quando se ven sin hijos (como se viò siempre el Capitan) y assi por no alargar demasiado el papel, nos contentamos, con que esta doctrina es corriente de todos los Autores de nuestro Reyno, que por menor refieren los fundamentos. Tellus Fernandez in l. 19. Tauri, ex num 3.

adonde

adonde ex professo disputò la question. Lo mismo Iuan Gutierrez, lib. 2. practicarum quæst. 121. per totam, don Christoval de Paz á dict. l. 205 del Estilo, que tambien doctamente disputô la question, el señor Molina de primogenij, lib. 2. cap. 10. ex num. 65. Paz Iunior, quæst. civil. 9 nu. 23. Barbosa solut. matrimonio, in l. 1. part. 1. num. 48. Angulo in l. 3. de las mejoras, gloss. 2 num. 9. Ioan. Garcia de expensis, cap. 13. num. 20. y en el tratado de coniugale acquestu, num. 65. *Vbi afirmat quod ita practicatus*, Hermosilla, a . l 55. titul. 5 part. 5. n. 52. 53. 54. Matienzo in dicta l. 5. tit. 9 lib 5 gloss. 6. ex nu 3. Azevedo ibidem, num. 8. cap 9. Ayora de partitionibus, 2. p. q. 41. Morquecho, lib. 2. de divisione bonorũ, c. 13. per totum Molina de iustitia, & iure, to. 2. disput. 275. Y nadie lo à negado de los Autores de nuestro Reyno; y aunque en contrario se cite a Antonio Gomez, in l. 51. de Toro, nu. 73. y por ello le increpe Tello Hernandez, in dict. l. 19. de Toro, el Azevedo, ubi supra, le defiende, declarando, que se à de entender de las donaciones con causa, como casar una hija comun, o de los aguinaldos, que ordinariamente se dan por las Pascuas a los criados (que como cosa menuda, no se considera fraude.) Y el Ayora, in dict. quæst. 41. num. 47. y 48. declarô a Antonio Gomez, que solo afirmô valian las donaciones que el marido hiziesse, a efecto que no pudiesse revocarlas al donatario, y que no negô, ni pudiera negar un hombre tan docto, que la muger huviesse de sacar de los bienes multiplicados, otro tanto como el marido huviesse donado. Molina dict. disput. 275. num. 10. declara assi mesmo a Antonio Gomez, como el mesmo Ayora, ibi: *Sumendum quod ita in sumpserit in suam portionem.*

N. 120. Esta proposicion es sin disputa, con la epiqueya referida, que no proceda en dote dada a hija comun, o en aguinaldos a los criados, de cosas menudas. Ya se dexa ver, que las partidas desta pretension son todas ellas, y cada una de por si, excessivas, y que no se convirtieron en dote de hija comun del matrimonio, sino en dotes, y alimentos de las hermanas y sobri-

y sobrinos del dicho Capitan, que doña Madalena seria defraudada en otro tanto, sino se le huviesse de dar satisfacion de lo multiplicado; y en particular el Tello Hernandez, in dicta l.19. de Toro, y Diego Perez in l.4.tit.4.lib.5.ordinariamẽte consideran el fraude de donar un marido a sus parientes, quando se vè sin hijos, como siempre se viò el Capitan. A los Autores de nuestro Reyno se añaden los Arestos de Paponio, y la decision Dolana de quibus ſ. en la pretension 11. a num.174. que eo ipso, que un marido dona, frauda a la muger. Y siendo, como es esta pretension tan corriente, y llana, passamos a individuar los casos.

N.121. La parte de la Capilla à reconocido la buena fee, en quãto al 1.q.870ꝟ.mrs. de plata, del dote dado a doña Iuana de las Muñecas, y las 374ꝟ.mrs. dados a Pedro de las Muñecas, hijo natural del dicho Capitan; y assi en quanto a estas dos partidas, no ay pleyto.

N.122. Y en quanto a las 542ꝟ772. mrs. que el dicho Capitan hizo donacion a Mariana de Galvan su sobrina, para su dote, y casamiento, no se alcança que razon puede tener la Capilla, para reconocer la buena fee en la dote dada a una sobrina, y no a la otra, y en derecho es resolucion verdadera, que la dote que el marido dà a hija de otro matrimonio, à de salir de su parte de ganancias: y que la muger en cuyo matrimonio se diò la tal dote, à de sacar otro tanto para si de los bienes multiplicados, Molin. dict disput. 279. num.2. ubi individualiter, de dotes, y donaciones dadas a hermanas. Burgos de Paz Iunior, quæst.8.nu.18. Gutierrez 2. practicarum, quæst.124 per totam, Morquechus, de divisione bonorum, lib.2.cap.12.à num.13. ubi plures refert. Luego con mas razon á de sacar la muger otro tanto en las dotes dadas a so-

N.123. brinas, pues a ellas nô se estiende la obligacion de dotarlas, Iuan Garcia de expensis, cap.8. num.34. El mesmo Iuan Garcia resuelve tambien la questiõ en favor de doña Madalena, tract. de coniugali adquestu, num.154. y dize, que es comun de todos los Autores del Reyno, cita a Palacios Ru-

 bios,

bios, Baeça, Burgos de Paz, Gutierrez, Ayora, y concluye, que es vulgar, y verdadero, ibi: *Ex eiſdem regulis, illud quoque deſcendit, ut ſi alter ex coniugibus, conſtante ſecundo matrimonio, filiam dotaverit prioris matrimonij, dotem ſolverit ex bonis communibus, ut alter coniux in diviſione bonorum tantumdem ſit habiturus ex bonis communibus (aut ex proprijs dotantis, dimidium ſit illi ſolvendum) quod eſt veriſsimum ex his, quæ diximus ſupra numero 152. & tenent ſcriptores Hiſpani omnes Palatius Rubios in repet. rub. de donat. inter virum & uxorem, §.66. num. 18. & §.62. num. 32. Baeza de non meliorand. rat. dot. filiab. cap. 11. num. 120. Burg. de Paz, quæſt. civili 8. num. 29. Gutierrez, quæſt. practic. 118. Ayora de parti. 1. part. cap. 8. num. 12. & 13. & eſt vulgare, & verum.*

N. 124. Y en quanto al un quento 265U291. mrs, dados a ſus hermanas para alimentos; y para redimir cenſos que tenian ſobre ſu hazienda, opone la Capilla dos coſ s. La primera, que muchas de las partidas, de que ſe compone la que ſe trata, fueron antes de contraher el matrimonio, y aſsi, que doña Madalena no tiene parte en ellas.

N. 125. A que ſe reſponde, que la Capilla eſtà muy mal informada en el hecho; porque el Matrimonio ſe celebrô el año de 14. y la mas antigua de las partidas que ſe piden, es del año de 18. Y que no ſolo ſe le à de hazer bueno otro tanto a doña Madalena, como queda expreſſado; ſino que en ſu favor ſe à de dar la ſentencia legal, para lo que mas reſultare; porque es cierto, que todo el tiempo que durò el dicho matrimonio, diò el dicho Capitan alimentos a ſus hermanas: y en la memoria de que ſe compone el 1. q. 265U291. mrs ſolo es de algunos años en que diò los alimentos; y reſtan los demas años, y otras grueſſas cantidades de embios con particulares perſonas, que ſe àn de cargar al reſpeto de los años, de que ay memoria por eſcrito.

N. 126. La ſegunda coſa que [o]pone, es dezir, que eſte vn quento 265U291. mrs. ſe componen de donaciones menudas; y que eſtas las puede hazer el marido, ſegun la epiqueya del ſeñor Luis de Molina, ſeguido de Gutierrez, y otros muchos. ſupra referidos, n. 119.

A que

N.127. A que se responde, que la dotrina del señor Luis de Molina, y demas Autores de nuestro Reyno, como ellos mismos lo declaran, y queda dicho, procede solamente en las cargas comunes, como dotar una hija del mesmo matrimonio, y tal vez algunos aguinaldos a criados: no empero se aplica a los alimentos dados, y continuados, y en tan gran cantidad, porque en esta parte resuelven, que no solamente los alimẽtos dados a hermanas, sino los dados a hijos de otro matrimonio, á de sacar la muger otro tanto por la dotrina referida supra num. 122. y 124. de que las dotes dadas a hija de otro matrimonio, àn de salir de la parte del marido que dotô, y no de la muger. Y valer el argumento de dote a alimentos en terminos, Iuan Gutierrez, dicta quæst. 129. Burgos de Paz,
N.128. dict. quæst 8. Morquechus, lib. 2. cap. 12. num. 14. Iuan Garcia de coniugali acquestu, num. 152. ibi: *Alimenta vero præstita, constante secundo matrimonio, filijs prioris matrimonij imputantur parenti, in divisione bonorum, ut alter ex coniugibus, vel tantumdem accipiat ex cumulo bonorum, vel ex capitali parenti; dimidium vero æstimationis alimentorum capiat alter, quod receptissimum est, & vulgatissimum, & postulat iuris nostri ratio, Burgos de Paz, licet non, ita explicet, quæstio civili 8. num. 18. & ad hanc resolutionem sunt reducenda, quæ disputat Gutierrez late quæst. practic. 129. post Matien. in l. nona, tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 7. nu. 10.*

N.129. Y porque las donaciones continuadas, y reiteradas, y mas en un mesmo genero de personas, se juntã para considerar el daño, y fraude a la muger, que el mesmo perjuyzio se le haze, y lo mesmo pessan, en quanto a ella, 1.q. 265U291. mrs. dados continuadamẽte por años, q̃ si fueran dados de una vez, no se à de entender al modo, sino al efecto, y que otra tanta cantidad fue la que sacô del matrimonio para las hermanas el Capitan, y en otro tanto seria defraudada doña Madalena, sino se le diesse satisfacion de los demas bienes gananciales, Ayora de partitionibus, 2. part. quæst. 41. num. 48. ibi: *Nec enim uxoris interest magis fraudari consilio mariti quã re ipsa, utroque enim casu fraudatur, & amitteret rem suam, nisi ei daretur actio*

contra

contra donatarium, ut possit partem suam ab eo vendicare, si ex bonis ma iti non possit sibi resarciri damnum. Tellus Hernãdez, in l. 28. Tauri, ibi: *Quid enim interest filiorum, quod per via quotæ, vel minoratim parentes donent, cum solum consideratur effectus, non autem modus.* Antonius Faber in suo C. tit. de inoffic. donat. diffi. 1. & diffin. 5. ibi: *Perinde namque ex pluribus donationibus simul iunctis fraudandi animus præsumitur, atque ex una quæ sit universalis.* Trentaquinque, lib 3. variar. tit. de alienationibus resolut. 4. num. 4. ibi: *Ex particularibus alienationibus simul iunctis, ita præsumitur fraus, sicut ex alienatione universalis.* Es copiosa, cita la alegacion Fiscal 12. en el nu. 4. del señor don Iuan Bautista de Larrea, y por la autoridad de Rolando á Valle, que refiere, dize: *Que aun los muy tirones no dudan desta verdad.*

N. 130. Y porque no pueden ser las donaciones mas menudas, que los alimentos, que un padre dá a hijo de otro matrimonio, oy el liston, y mañana el çapato, y con todo esso, por ser donacion reyterada, y continuada, y que toda junta viene a montar cantidad considerable, à de ser a cuenta del marido, y la muger à de sacar otro tanto de lo ganancial, como queda provado por el lugar de Iuan Garcia, referido a la letra, supra nu. 123.

N. 131. Reconociendo la Capilla la justicia de doña Madalena, huye el cuerpo al nombre de donaciones, y alimentos, y los que diô el Capitan a sus hermanas. Donaciones, y gracias que les hizo, quiere que sea, y se llame limosna; y que esto lo pudo hazer el marido, y preferir a sus hermanas, argument. text. in c. cum inoffic. de testamentis.

N. 132. A que se responde, que el Capitan en su codicilio, y legado, que hizo a doña Madalena, fue con gravamen, que aprovasse, y consintiesse todas las mãdas graciosas, o forçosas, que el huviesse hecho, assi en vida, como en muerte, a sus hermanas, y a otros parientes. Y en la clausula setenta y tres de su testamento continua los alimentos; y manda, que a Maria de Alcedo, una de sus hermanas (que es sola la que vive) se le den dozientos ducados en cada un año, por todos los de su vida.

vida. No ay color para que se le dê nombre de limosna, sino propiamente paga de deuda, que truxo al matrimonio, pues el hermano que tiene posible, obligado està a alimentar, y doctar a las hermanas, que no le tienen, Iuan Garcia de expensis, cap. 3. num. 34. y como deuda propia suya, á de salir de la mitad de bienes, pertenecientes al dicho Capitan, por la dotrina referida, n. 123. y lo contrario fuera buena evasion, dandole nombre de limosna, para defraudar la muger, y destruirla, doctrina tan recebida, y praticada, supr. dict. nu. 122. & non est aperienda via fraudibus, cap. Pastoralis de causa poss. & propriet. l. infundo, ff. de rei vindic.

N. 133. Item, se responde, q̃ D. Madalena nunca à tratado, ni trata de pedir satisfaciõ de diversas donaciones, y limosnas, que el Capitan hizo, constante el matrimonio, y bien quantiosas, a Conventos pobres, y miserables personas (que en qualquiera ocasion de necessidad las socorria liberalmente.) Empero lo dado a sus hermanas, para desempeño de censos que tenian, y para los alimentos, ya queda dicho, que esta no es limosna, sino propiamente paga de deuda trayda al matrimonio: y quando sin perjuizio de la verdad se le pueda dar nom-

N. 134. bre de limosna, o estas las haze el marido para si solo, o para pro de la compañia, o se duda del intento. En el primero caso, que es el deste punto, pues los alimentos fueron para pagar deuda suya, à de salir de su parte, y capital, en el segundo, y tercero, solo podrà expẽder lo moderado: no empero cantidades excessivas, Petrus de Vvaldo, tracta. de duobus fratr. part. 6. num. 7. vers. 6 quæro, por toda la question.

N. 135. Y lo dado a las dichas sus hermanas, monta mas de 37ꝟ. reales, solo de algunos años (que aun restã mas de averiguar) Estimese pues, si partida tal, se podrà dezir menuda, y mas quando el Capitan, y viejo, mandô solo 2ꝟ. ducados de arras casandose con donzella moça, y de tal parecer, y tan noble, ad doctrinam Perez de Lara, de vita hom, cap. 31. num. 57. & 58. adonde dize la obligacion del viejo que casa con donzella, y noble, superior a el.

N Y lo

N. 136. Y lo cierto es, que estos fueron alimentos, y dados en partidas, (aun cada qual de por si) gruessas; porque el Capitan (persuadido, que assi convenia) se huvo con sus hermanas al modo que un buen Padre de familias con sus hijos, que embia a Salamanca, que no les dà de una vez el dinero para el gasto. Ponelo en poder de amigos, que los vaya socorriendo por meses, o por semanas; y en esta atencion, ante mano puso dinero en poder de las personas que refiere la memoria, que continuàmente las yvan dando los alimentos. Y que las hermanas necessitassen dellos, reconocido lo tiene la misma Capilla: y assi, aora sean alimentos (como de verdad lo son) aora sean donaciones, aora limosnas, en uno, y otro caso se á de hazer bueno otro tanto a la muger, para que no quede defraudada en tan gruessa cantidad.

N. 137. Y en quanto al 1. qs. 683ч. mrs. de los alimentos dados a don Iuan Ignacio, corren en esta parte las doctrinas referidas, supra num. 122. & 123, que concluyen a favor de doña Madalena.

N. 138. Y en quanto la Capilla opone de los alimentos dados a dō Iuan Hurtado de Mendoza, hermano de mi parte, es cierto, que don Iuan Hurtado de Mendoza, como hijo mayor varon, sucedió en en los vinculos y mayorazgos de sus mayores, el tenia, como tal, obligacion de alimentar a doña Madalena, sino estuviera casada: pero doña Madalena nuca tuvo obligacion de sustentar al dicho don Iuan, y assi no se alcança *quo iure*, le intenta compensacion de lo que doña Madalena no diò, ni tuvo obligacion a dar. Accion será essa, que la podrá intentar la Capilla contra don Iuan, y D. Madalena tendrá mas la mitad de lo que sacare, y siempre serà la acciō, vana; porque don Iuan Hurtado, por orden del Capitan, y para sus negocios, passò dos vezes a Indias (viajes que con toda su haziēda no bastava remunerarle.) Passó luego muchos años a servir a su Magestad. Otros estuvo en Madrid en sus pretensiones, y buena parte ocupado en hazer pruevas, que le cometió el Consejo de las Ordenes. Es assi, que algunas

tem-

temporadas fue huesped en esta ciudad del dicho Capitan: dizese algunas, porque dexò el hospedaje, y tomò casa a parte por no poder sufrirle la cōdicion) y en fin, assi del tiempo que estuvo en esta ciudad, como en Madrid, y en otras partes, tuvo cuenta corriẽte con el, y dicho Capitan le cargò en ella, hasta la menor menudencia; y aunque alcançò al dicho don Iuan Hurtado en 18U200. reales, poco mas, o menos, este alcance, por su testamento el dicho Capitan le mandô para ayuda de su dote a D. Madalena, hija del dicho dō Iuan. Vease pues en donde entra la compensacion, y si la Capilla puede revocar el legado que hizo el dicho Capitan. Y pudiera contentarse la Capilla, con que D. Madalena no intente sacar otro tanto como monta dicho legado, del cuerpo de bienes, porque aun no obstante su consentimiento, tenia en su favor la doctrina de Avendaño, responso 37. por todo el. Tratase de reconocer la buena fee, y que Avendaño, aunque docto, naufragò en esta parte.

N. 139. Con que queda bastantemente fundada la pretension de D. Madalena, en todas, y cada una de las dichas partidas: y a lo aqui dicho se añada lo que se dirà luego en las dos pretensiones siguientes, en que se hablarà de las fianças, y empressido: y sus fundamentos concluyen a maioritate rationis en las donaciones, ut argumentatur Molina de iustitia, & iure, dict. to. 2. dict. quæst. 436. in fin.

N. 140. La dezima pretẽsion de D. Madalena es de 6. qs. 447U231. mrs. que constante el matrimonio, lastò el dicho Capitan por fianças, q̃ hizo: a saber dos fianças por Lorenço de Leagui, de quantia de 2. qs. 244U. mrs. y otra por el Licenciado don Francisco de Alcedo su sobrino, Racionero de la santa Iglesia de Sevilla, de 2. qs. 800U. mrs. y otra por Sebastian de Torreblanca, de 77U520. mrs. y otra por el Capitan Diego Lopez de Oria de 1. q. 325U711. mrs. y estas dos ultimas, aun las hizo antes de contraher el matrimonio, y las lastò constante el, que todas montan los dichos 6. qs. 447U231. mrs. Y en esta parte pretende mas D. Madalena, que se à de mandar a los

cima pretensi.

a los

a los Contadores, que tambien le den satisfacion de lo demas que cõstare aver fiado, y lastado el dicho Capitan, constante el matrimonio.

N.141. La pretēsion de D. Madalena se funda, en que la ley que permite al marido la enagenacion de los bienes adqueridos constante el matrimonio, procede en los contratos onerosos, y lucrativos, hechos a provecho de la compañia (aunque por accidente resulte daño) no empero procede en los contratos graciosos, y disipativos (que essos como fraudalentos, virtualmente están prohibidos por la misma ley) y el contrato de fiar nunca puede ser lucroso, siempre es oneroso, y dam-

N.142. nificativo. *Fide iubere enim pro alio species dilapidationis est, & maximum periculum, & incommodum affert Iass. in l. contra iuris, §. fin. ff. de pactis, ubi Alexan. num. 11. Ripa, num. 138. Heringius tractatu de fideiussoribus, cap 1. num. 19. Pirrus Maurus, tractatu eodem 2. part. principal. tit. 1. sect. 2. ex num. 8. colum. 310. Et quia fide iubere est perdere, l. filius familias, ff. de donat. dict. §. fin. ff. de*

N.143. *pactis*. De aqui nace, que el procurador cum libera, del mesmo modo, q̄ no puede donar, no puede fiar, l. in persona 30.

N.144. §. fin. ff. de pactis, ubi Angelus, num. 2. Item, que la muger, que tiene licencia de su marido para contratar, tampoco puede donar, ni fiar. Castell. in l. 56. Taur. in verbo licencia gene-

N.145. ral. Y el menor, si fia eo ipso dicitur lessus, y puede restituirse sin ser necessario provar mas lesion que aver fiado, l. ait Prætor, §. non solum de minoribus, Antonius Gomez 2. variar, c. 13.

N.146. num. 5, & quia nemo ex socijs plus sua parte potest alienare, l. nemo ex socijs, ff. pro socio. Y porque si el marido usa mal, y culpablemente de la administracion de los bienes, a daño del à de ser, y no de la muger. ex regul. c. damnum, de reg.

N.147. iur. in 6 Vnde Salomon, Proverb. cap. 22. *Stultus homo plaudit manibus suis cum spoponderit pro amico suo* Y en el mesmo capitulo. *Nolli esse cum hijs qui defigunt manus suas, & qui vades se offerunt pro debitis.*

N.148. Prueva en terminos la pretension la l. 7. tit 3. lib. 5. Recop. ibi *Mandamos, que por fiança que el marido fiziere, no sea obligada*

su

su muger, ni sus bienes. Y si no se huviera de entender de la mitad de sus gananciales, fuera la ley inepta contra la l. quod
N. 149. labeo, ff. de carb. ædicto, pues la pena la á de pagar su Autor, l. Sancimus, C. de pœnis, y tenia la muger en su favor el tit. C. ne vxor. pro marit. con quien concuerda la l. 9. titul. 31. part. 7.

N. 150. Y apenas ay Autor de nuestro Reyno, que no aya disputado esta question, y resueltola en favor de la muger, y nadie ay en contra.

Ayora de partion. 1. part. cap. 8. num. 12. y no se le podrá negar ser el evangelista de todos los que trataron de particiones.

Ioan Gartia, tract. de coniugali acquesto, nu. 149.

Morquecho, de divisione bonorum, lib. 2. cap. 13. ex n. 12. usque 14.

Ioan Gutierrez, 2. practic. civil, quæst. 128. per totam, ubi latissime.

Montalvus (relatus à Gutierrez) in l. 5. titul. 18. lib. 3. fori, gloss. 1. in princ.

Ioan Matienço in l. 7. tit. 3. lib. 5. Recop glo unic. per totã. & licet in fine dicat: *Tu cogita*, repitiò absolutamente la mesma doctrina en la l. 3. gloss. 7. tit. 9 lib. 5. â nu. 3.

Hermosilla ad legem 55. tit. 5. part 5. gloss. 2. num. 32. *Vbi afirmat, quod de hoc non invenit contradictorem.*

Flores de Mena in additionibus a Gamma, decis. 40. n. 1. *Vbi afirmat quod ita praticatur.*

El mesmo Flores de Mena, en la adicion a la 162. de Gama.

Iacobus Cancerius, lib. 2. variar. cap. 5. num. 58. es lugar extraordinario, y muy para visto.

El Padre Luis de Molina, tit. 2. de iustitia & iure, disp. 436. ex num. 3. usque in finem, tambien es lugar muy de ver, y a la letra ǣ num. 170. & 171.

Alfonsus de Azevedo, in l. 5. tit. 9 lib. 5. Recop. à num. 20. & 21.

Con que parece, que por razon, y por ley, y autoridades, viene a ser question sin disputa.

N.151. La parte de la Capilla esclama contra Hermosilla, porque dixo, que no avia hallado contraditor a esta question. Valese del mesmo Azevedo en la l.7.tit.3.lib.5.Recop. adonde se quiso (aunque dudoso) inclinar a la opinion contraria;

N.152. dizese dudoso, pues usô del verbo videtur. Sin embargo dixo biẽ Hermosilla, visto avia a Azevedo, pues le cita. Tābien le viò Molina, y los demas que le citan, y todos en favor de la muger, porque lo escrito en la dicha l.5.tit.9. es posterior a lo que escriviô en la l.7. tit.3. y a lo ultimo se á de estar. A mas; que en la l.5. expressamente disputô la question con mas fundamẽtos que en la l.7. y el que tuvo en la 7. por el §. illud instituta, de societate, l.7. tit.10. partita. 5. fue pensamiento divinatorio, y sin reparar en que la compañia de marido y muger no es universal, sino particular solamente, *lucri, & acquestus*, ut dictum supr. nu.93. Item, que la misma l.7. de la partida exceptua. *Fueras ende, si los daños, e menoscavos acaeciesciessen por culpa del compañero.* Y siempre será culpable en el marido, enagenar por contrato gracioso, los bienes adqueridos, y mas por contrato tan disipativo, como es fiar en tan gruessas cantidades.

N.153. Opone la Capilla, que muchos de los Autores supra referidos, declaran, y limitan la question en caso de fianças mutuas, y reciprocas; ponen exemplo *en el marido, que junto con otro toma una renta, y se fiaron mutuamente.* Assi Ayora, Ioan Gutierrez, Morquecho, y otros, o como refiere el P. Molina. *Sto tu mihi fideiussor in hac re, & ego fideiussor tibi ero in illa alia.*

N.154. Reconocese por verdadera esta declaraciõ, y limitacion, doña Madalena está en la regla, y esso le basta, mientras la Capilla no mostrare por el hecho, estar en la excepciõ, Cast. de usufructu, c.61. nu.5. & 6. Molin. de primog. lib.3. cap.4. nu.32. y a buen seguro, que no se muestre fiança reciproca.

N.155. Respondese mas, discurriendo por las fianças. La del un quento 325U711. mrs. que lastó por el Capitan Diego Lopez

Oria,

Oria, y 77U520. mrs. por Sebastian de Torreblança. Estas dos fianças consta averse hecho antes de contraer el matrimonio, y que constante el se pagaron; y pues fue deuda que truxo al matrimonio, otro tāto se à de desfalcar del capital, que pareciere ser del Capitan; y sobre esto no puede aun caer la question que hemos propuesto.

N.156. La fiança que lastô luego in continenti, que la hizo por el Licenciado don Francisco de Alcedo su sobrino, Racionero de la santa Iglesia desta Ciudad, de cantidad de 2. qs. 800U. mrs. de plata. En la sustancia, y en la verdad, esta fue una donacion velada, que quiso hazer al dicho su sobrino, ley am-
N.157. biciosa, ff. de decretis ab ordine faciēdis. Consta con evidencia, por la brevedad de la paga, despues de aver otorgado la fiança. Y assimesmo, de que por clausula de su testamento le hizo gracia de toda la dicha partida. Y aunq̄ en el codicilio la revocò, se manifiesta se hizo por continuar el fraude contra D. Madalena, pareciendole (aunque engañadamente) que por aver sido fiança, no ternia derecho D. Madalena a sacar otro tanto de lo multiplicado; y porque siempre fue vano este lasto, argum. l. nam lis de dolo.

N.158. Y quando la parte de la Capilla insista en que esta no fue donacion, sino fiança: vease como se puede acomodar la limitacion, o declaracion, que por epiqueya hazen los DD. de la dicha l.7. Que renta arrendaron? que utilidad se podia seguir al matrimonio, de que don Francisco de Alcedo fuesse Racionero de la santa Iglesia de Sevilla? En que otra fiança podia esperar que le pagasse en la misma moneda? (aunq̄ esto no bastava a un hombre, que solo tenia ser noble, y una media racion, q̄ apenas podia bastar para su congrua) quando en mas no podia ser convenido, C. Oduardus de solutio-
N.159. nibus; y quando todo el derecho resiste, a que los Clerigos
N.160. puedan ser fiadores, y mas de seglares, C. 1. de fideiussoribus, y junta mucho para el proposito Pirro Mauro, dicto tractatu de fideiussoribus, segunda parte principal, section octava cap. 12. colum 745. y la razon es (a mas de la excepcion

del

del fuero) porque no se abstraygan de servir a su Iglesia.

Estimese pues, que bien podria acudir a las agencias que en contrario, tan sin fundamento se quieren insinuar; y lo cierto es, que en la Montaña nunca el Capitan tuvo mas bienes, que los que comprô para el Colegio, que por via de administracion, y renta, no bastaràn solo para retejar la casa: ni en esta ciudad tuvo mas trato, ni negociacion, que la correspondencia a Indias: para lo qual tampoco podia ser de utilidad la persona de un Racionero de la santa Iglesia.

N.161. Y en quanto la Capilla dize, que el dicho don Francisco de Alcedo es muy rico, y abonado, a ella le estarà mas bien, si tal fuesse, pues podrà exercer contra el la accion mandati: a buen seguro, que esso perderà mas.

N.162. La ultima fiança, y fianças por Lorenço de Leagui, de 2,qs.244U.mrs. (o lo que por ellas huviere lastado) en solo este particular viene a parar la question, y por las mismas fianças se manifiesta que fueron graciosas, y quantiosas por el consiguiente a cuenta del que la hizo, ut supra probatum, est.

N.163. Opone tambien la Capilla, que la l.7. tit. 3. lib. 5. de la Recopilacion, es mas antigua que la l.5. tit.9. del mismo libro, y que aquella està revocada por esta, en que se opone a todas las reglas del derecho, pues segun el, todas las vezes
N.164. que precede una ley, que dicide caso particular (qual fue el de la dicha l.7.) nunca se deroga por la ley siguiente, que hable generalmente, Bartol. in extrav. ad reprimendum in verbo non obstantibus, & in l. sciendum in principio, ff. qui satisdat.cog. & in l.omnes populi in 3. quæstione primæ circa finem, ff. de iustitia & iure, Aimon Craveta, consil.70. num.16. *Vbi quod, quando præcedit lex specialis, & sequitur altera generalis, si prima potest, aliquomodo salvari, & similiter secunda sequens in aliquo casu, tunc lex sequens nunquam censetur derogare primæ, sed semper limitatur, & restringitur à precedenti.* Y que las dichas leyes, una, y otra se puedan salvar, y que la 7. tit 3. sea limitativa de la l. 5. tit.9. lo reconocen todos quantos

Auto-

N.165. Autores quedan citados, y en particular Iuan Gutierrez, y el Padre Molina. Y finalmente, correctio legum vitanda est, l.precipimus in fin. C.de appellationem cum vulgatis.

N.166. Tanto mas, quanto es facil la concordancia de las dichas dos leyes; porque la l.5. que permite la enagenacion expressamente, requiere que sea sin fraude. Y la l.7. que dispone, que los bienes de la muger no estàn obligados por fianças que haga el marido, viene a declarar virtualmente es fraude del marido el hazer fianças, quando no son, ni pueden ser a provecho de la compañia, por lo disipativo de semejante contrato, y lo mismo en terminos decidiò assi el Senado Dolano, de quo infra, á nu. 174.

N.167. Opone la Capilla, assimesmo, que la l.5 titul.9. lib. 5. permite al marido la enagenacion de lo multiplicado, y que *Alienationis verbum continet donationem*, c.nulli de rebus Ecclesiæ cum vulgatis.

N.168. Responde quanto a la permision de la ley, lo que tantas vezes se à referido, y provado, q̃ no procede en los contratos graciosos. Y en quāto al argumento, que *alienationis verbum continet donationem*, que procede negative: a saber, que el que no puede enagenar, està prohibido de donar, no empero afirmative, que el que pueda enagenar, pueda tambien donar, Pirrus Maurus, ubi supr. colum. 311. num. 15 Y en terminos Tellus Fernandez. in l.19. Taur. num.40. y Gutierrez, y demas citados al principio de esta question, y de la antecedente.

N.169. Opone la Capilla, que no se le imputa al marido lo que gastò ludendo, & meretricando, y de aqui pretende sacar argumento para las fianças, en quanto a lo que consumiò ludendo: Quid mirum? si se puso tambien a ganar, y quando a meretricādo, en rigor avia de salir de su parte, & in puncto sequitur Valascus, de partitionibus, cap.34. per totum: mas la pratica està en contrario por evitar pleytos. Iuan Garcia dict. tract. de coniug. acq. num.66. o como dize Azevedo in dict. l. 5. tit. 9. á nu. 19. *Sic DD. nostri volunt*, como tam-

P bien

bien por el contrario quieren todos, que las fianças àn de ser a cuenta del marido, ut supr. nu. 150.

N.170. El argumento mas fuerte a favor de la Capilla, es el del Padre Luis de Molina, dicta disputatione 436. que por ser tan individual para la materia, se copia a la letra, ibi: *Secundo quoniam, ut disputatione sequenti dicetur vir: Matrimonio constante legitimus est administrator lucrorum omnium, cum plena facultate ea alienandi; modo id in uxoris fraudem non efficiat: sed ex eo quod fideiussor pro alio existat nihil efficit in fraudem uxoris, quin potius facit opus charitatis, & pietatis, imò vero id postulat recta ratio, ceditque in societatis commodum, quandoquidem, sicut ipse sepe indiget, ut alij fideiussores ipsius, sint incommodum societatis, ita oportet, ut existat ipse aliorum fideiussor, alioquin non inueniet, qui pro ipso fideiussor esse velit: ergo quod ea ratione solvent, commune esse debet utrique coniugum ex bonis superlucratis.*

N.171. Responde el mismo Molina, ibi: *Ad secundum dicendum est, maiorem similiter esse veram de alienatione, & administratione titulo oneroso, aut iuxta onera matrimonium, ac societatem concernentia: secus autem exercendo liberalitatem fideiussionis cum quodam tertio, ut dictum est, præsertim existentibus legibus expresis, quæ in uxorem favorem; id debitum, aut damnum excipiunt (ut etiam dictum est.) Atque cum hac doctrina consentiunt, quæ de excessivis viri donationibus de bonis superlucratis, disputat. 275. dicta sunt. Ad ea vero, quæ in minori subiũguntur, dicendum est quamvis id aliquando recta ratio efflagitet, cedatque illo modo in commodum societatis; quia tamen frequentius cedit in uxorum detrimentum, sine ullo, societatis emolumento, à toto genere id damnum in virorum detrimentum legibus expressis merito reiectum est: quando autem esset quasi contractus onerosus, & æqualis inter duos attentis circustantijs concurrentibus, quo mutuo convenirent, esto tu mihi fideiussor in hac re, & ego fideiussor tibi ero in illa alia, credo; si quid damni per accidens, tunc eveniret viro ex ea fideiussione, commune esse debere uxori; quo ad bona superlucrata, nihil impedientibus legibus citatis, quæ per epicheiam inteligendæ non sunt in hoc eventu.*

Ioan Gutierrez dicta quæst. 128. responde a esta dificultad

mas

mas brevemente, ibi: *Quod ex fideiussione si aliquando aliquod lucrum, vel commodum sequatur, quod supra considerabam, id ex accidenti, & liberalitate potius principalis debitoris pro quo maritus intercessit, provenit quam ex natura rei, & necessitate precissa, quod non est in consideratione habendum:* y la razon es vulgar, porque en fiar principalmente, se trata de contrato disipativo á communiter accidentibus: y el ser regraciado con otra fiança, es incierto, y accidental, y sucede la regla de la l. 1. de auth. tutorum cum vulgatis.

Con que parece queda bastantemente justificada la pretension de doña Madalena: y á obligado a alargar la pluma, la fuerça, que en question tan corriente à querido hazer la Capilla.

N. 172. *La onzena pretension de D. Madalena, es, que de los bienes multiplicados se le à de dar setisfacion de 2. qs. 555U394. mrs. que el dicho Capitan prestô a don Iuan Antonio Hurtado de Mendoza.*

N. 173. Para fundamento de la pretension de doña Madalena, son de repetir aqui todo lo referido en las pretẽsiones 9. y 10. y que la ley 5. tit. 9. lib. 5. de la Recopilacion, que permite al marido la enagenacion de los bienes, no es la permision absoluta, sino causativa, para pro de la compañia, no para donar, ni enagenarlos, sin causas justas. Cobb. 3. variar, cap. 19. num. 3. ibi: *Siquidem ipse maritus est actu dominus propter authoritatem administrationis, & alienandi potestatem quam habet; non sane absolutam cum absolute, dominus non sit, sed tantum ad onus communis, quæ est inter ipsum & uxorem, aut saltem ex aliqua causa, quæ præsumptionem doli, & fraudis excludat.* Ioan Gribelo Sequano, hablando de semejante estatuto, decis. Dolana 114. comprueva esta doctrina, y dize, que se presume, e induze fraude contra el marido, quando contrata sin causa necessaria, si solo por exercer liberalidad, y gracia, á num. 82. ibi: *Vt de*

parte

parte uxoris disponere possit inter vivos, tanquam societatis Dux & administrator, quod inteligendum est dummodo id, ex iusta causa,
N.174. *& sine fraude fiat, ita ut venditio, & alienatio quam facit economiæ bono & commodo cedat, non vero cum absque causa ex liberalitate donat, & præsumptio fraudis est, tunc cum necessaria alienandi ocassio non se ofert verum mera tantum donandi libido, & impetus,* cita los Arestos de Paponio 24 y 28.

N.175. Y parece que hablô solo la decision para este pleyto, pues el Capitan hizo tantas, y tan excessivas donaciones, y enagenaciones graciosas, como quedan referidas, en que llevô la passion, e impetu (o lo mas cierto, o por mejor dezir, todo junto) el animo, defraudar a doña Madalena de su mitad de multiplicado, y assi à de ser por su cuēta, tanto mas siēdo tan desusado emprestido de tan gruessa cantidad, y sin instrumēto, ni otro recado legitimo. Y que el emprestido sea contrato gracioso, prohemium, tit. 1. part. 5. ibi: *Queremos hablar de los*
N.176. *pleytos de gracia, assi como de emprestidos*, & ibi Gregor. gloss. 4. *nota quod mutuum est contractus gratuitus.* Y en esta parte corren todas las dotrinas referidas en la pretension antecedente, & idem ius vulgata, l. illud, ff. ad l. Aquil. y proceden à maiorita-
N.177. te rationis, auth. multo magis, C. de sacrosanctis Eccles. porq̃ en las fiaças, ponese en cōtingēcia de lastar; y en los emprestidos de contado se entra con el lasto, y de no poder repetir el emprestido a menos de cobrar un enemigo, iuxta illud Plauti. *Siquis mutuum quid dedit fit, propio perditum, cum iam repetas, inimicum amico beneficio invenis tuo, si mage exigere cupias duarum rerum exoritur optio, vel illud quod credideris perdas, vel illum amicum, amiseris.*

N.178. Replica la Capilla, que pudo hazer el Capitan tal emprestido en esperança, que don Antonio de Mendoza le podia hazer otros gustos.

N.179. Respondese con las autoridades de Iuan Gutierrez, y el Padre Luis de Molina, de quibus, supr. num. 171. que la perdida es siempre cierta, y accidental la regracia, y assi no de atender, ut ibi est dictum,

La

La duodecima pretension de D. Madalena,
N. 180. *es, que de los bienes del Capitan su marido, se le an de mandar pagar interesses de los dos mil ducados de arras, que su marido le mandò. Y tambien pretende, que todos los corridos de los juros y censos, y oficio de la Aduana, y demas redituoso, assi los que se deuian quando muriô el Capitan, como los que adelante corrieren, hasta que con efecto se haga la particion, y diuision, se à de poner por cuerpo, y capital de bienes, para que D. Madalena aya de lleuar la parte que le tocare por sus ganancias.*

En quanto a los interesses de las arras, consta de la pro-
N, 181. messa, hecha por el dicho Capitan; y del mismo modo que esta cantidad à de salir del capital del, se deven tambien mandar pagar los interesses, desde el dia que muriò el Capitan, hasta que se haga la paga efectiua, Noguerol. aleg. 17. nu. 52.
N. 182. Y en quanto a los frutos; porque como dicho queda por la doctrina de Iuan Garcia, y otros, dicto tractatu de coniugal, acq. num. 12. la muger, es dueña, y señora, como el mesmo marido, de todo lo multiplicado, y el efecto del dominio, son los frutos. *Fructus namque pertinent ad dominum, l. ex diverso 35. §. ubi autem, ff. de rei vindic. l. Herenius 42 ff. de usuris, Valascus de part. cap. 34. per totum, Ayora de part. 1. part. cap. 6. nu. 17. Et in individuo, l. actione, §. in re certa, & §. morte, ff. pro socio, Ioannes Matienzus in l. 2. gloss. 1. tit. 9 lib Recopil. à num. 19. ibi: nihilominus luctum habitum ex re societatis post mortem socij, vt fructus fundi communis, vel mercedes vecturæ equorum communium, vel pretium rerum venditarum communicandum est.*

 Y no

Y no se podrà negar, que todos estos bienes redituosos son comprados constante el matrimonio. Facit l. non est ambiguam, C. familiæ erciscundæ, ibi: *Incremento fructuum augeri*, l. fructus de petitione hæreditatis, Valascus, vbi supra cap. 13. num, 15.

Hasta agora no se àn deduzido otras mas pretẽsiones por doña Madalena, protestando tiene deduzirlas en la prosecucion de las particiones. Y para que los Contadores puedan obrar con acierto, suplica se les dê el orden, como aqui se dize, Salva, &c.